

**ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR EN
MATERIA TRIBUTARIA EN COLOMBIA**



**Presentado por
María de los Ángeles Bello Castaño**

**Director
Carlos Alfonso Guecha López**

**Trabajo de Grado para optar por el título de Magíster en Derecho
Administrativo**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C.**

2020



Responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador en materia tributaria

Resumen

La responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano establece que su sustento normativo se encuentra en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, acompañando el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado, tendiente a garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado social de derecho (Corte Constitucional, 2001).

Ahora bien, la obligación superior de reparar daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución, el cual establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal: en primera medida, se requiere la causación del daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin incidir sobre el particular la calidad del sujeto causante del daño.

Una de las formas de responsabilidad patrimonial del Estado es la denominada por el hecho de legislador, también contemplada en el artículo 90 de nuestra Carta Magna y desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia nacional desde diferentes pronunciamientos pertinentes que de antaño han sido abordados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Al respecto, la construcción jurisprudencial del tópico ha terminado por excluir parcialmente toda porción, quizá la más evidente, de la responsabilidad patrimonial que en el ordenamiento jurídico nacional le podría caber a la actividad legislativa; en efecto, se ha reconocido, con las dificultades que esto conlleva, la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador en materia tributaria, cuando con la actuación legítima del Congreso de la Republica, se rompe con el equilibrio de las cargas públicas, daño especial, que por su carácter objetivo ha sido reconocido por el Consejo de Estado como procedencia excepcional. Paradójicamente, se ha negado cualquier posibilidad de que se reconozca la responsabilidad del Estado por razón de la falla en el servicio en el que incurra el



legislador, la cual, precisamente, se evidencia e incluso se configura a partir de la declaratoria de inexecutable de las disposiciones normativas que hayan creado el respectivo tributo o impuesto determinados deberes oportunamente pagados por los contribuyentes.

Corolario de lo anterior, como excepción a la regla de improcedencia general, deben presentarse una serie de criterios prácticos y específicos que permitan deprecar la mentada responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador, los cuales han sido de lleno abordados por la jurisprudencia del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, que además de estar encaminados a demostrar los elementos tradicionales de la responsabilidad, incumbe a la parte demostrar un *criterio* adicional: la procedencia excepcional de la falla en el servicio de esta naturaleza.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, daño antijurídico, falla en el servicio, impuesto y tasa, devolución de saldos, responsabilidad por el hecho del legislador

Summary

In the first place, Colombia is considered as a Social State of Law, and when one speaks of the application of normative precepts and in this case of the patrimonial responsibility of the State in our legal system, it is established that its normative support is found in the beginning of the integral guarantee of the patrimony of the citizens and the legal foundation of the patrimonial responsibility of the agents before the State, is none other than to guarantee the state economic patrimony, which must be object of integral protection with the purpose of achieving and ensure the effective realization of the purposes and purposes of the social State of law.

Now, the Honorable Council of State has established in settled jurisprudence the obligation to repair unlawful damages from any public authority. In short, the precept simply establishes two requirements for the operation of the State's patrimonial responsibility, namely, that there be unlawful damage and that this is attributable to an act or omission of a public authority, without making any difference as to the cause of the damage. In this way, the patrimonial responsibility of the State for the fact of legislator is



contemplated in article 90 of our Carta Magna and developed by the doctrine and national jurisprudence.

Likewise, the construction of jurisprudence in the matter has ended by unjustifiably excluding any portion, perhaps the most evident, of the patrimonial responsibility that in the national legal order could fit the legislative activity; in fact, it has been recognized, with the difficulties that this entails, the patrimonial responsibility for the fact of the legislator in tax matters, when with the legitimate action of the Congress of the Republic it breaks with the balance of public charges, special damage, which Due to its objective nature, it has been recognized by the Honorable Council of State as an exceptional source, while paradoxically, any possibility of recognizing the responsibility of the State has been denied due to the service failure incurred by the legislator, the which precisely is evidenced and even configured from the declaration of unconstitutionality of the normative provisions that have created the respective tax or certain duties duly paid by the taxpayers.

Key words: patrimonial liability, unlawful damage, service failure, tax and rate, return of balances.



Contenido

1	Introducción	7
2	Planteamiento del problema.....	9
3	Justificación	12
4	Pregunta de investigación	13
5	Objetivos.....	13
5.1	Objetivo general.....	13
5.2	Objetivos específicos.....	14
6	Marco referencial	14
6.1	Marco conceptual.....	14
6.2	Marco teórico	20
7	Diseño metodológico.....	23
	Desarrollo	26
1	CAPÍTULO I. Fundamentos del derecho en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador en Colombia.....	26
1.1	<i>Responsabilidad por el hecho del legislador en el derecho internacional: fundamentos aplicables al derecho colombiano.</i>	32
1.2	<i>Evolución histórica jurisprudencial en el sistema colombiano, sobre la responsabilidad del Estado legislador.</i>	35
2	CAPÍTULO II. Condiciones para la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado, por el hecho del legislador en materia tributaria	42
2.1	<i>Tipo de responsabilidad patrimonial del Estado gestada por el hecho del legislador en Colombia: alcance en el derecho tributario.</i>	47
2.2	<i>Acreditación del daño patrimonial antijurídico y su nexos causal de la conducta del legislador en materia tributaria por normas declaradas inexequibles</i>	52



3	CAPÍTULO III. Consecuencias de los efectos jurídicos de las sentencias de constitucionalidad en materia tributaria de cara a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador.....	60
3.1	<i>Obligación de acreditación y tasación del daño antijurídico en materia tributaria.....</i>	65
3.2	<i>Devolución de tributos recaudados por normas declaradas inexecutable.....</i>	66
	Referencias	79



1 Introducción

Desde 1991, varios cambios sustanciales ocurrieron respecto al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Por primera vez en el ámbito constitucional se consagra expresamente el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración pública, mediante la disposición contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual manifiesta con claridad que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Asimismo, se debe tener en cuenta que, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

De esta manera, el concepto de daño antijurídico se erige como fundamento o pilar de toda la responsabilidad del Estado, apartándola del elemento subjetivo (culpa o dolo), y centrándolo en el daño antijurídico. Aunque será un punto que más adelante se analizará con mayor profundidad, es necesario precisar el concepto de daño antijurídico para así entender la innovación que sobre el tema del fundamento de la responsabilidad estatal consagró el precitado artículo 90 de la Carta Política de 1991.

La noción de daño antijurídico fue desarrollada principalmente por los doctrinantes españoles y franceses, en especial por el profesor García de Enterría (1984), quien lo define como “perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud” (García, 1984): “La nota antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado” (García, 1984).

Dichos preceptos fueron acogidos por el Estado colombiano. Tanto la doctrina como la jurisprudencia comenzaron desde finales del siglo XX a escudriñar los referentes internacionales que nutren la base teórica de la responsabilidad patrimonial del Estado, ajustándolos, en cierta medida, al sistema jurídico nacional y a la recién promulgada Constitución Política de 1991.

La inclusión del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración no implica una objetivación de la responsabilidad; para



él siguen presentándose los regímenes subjetivos (falla probada y falla presunta), solo que el fundamento, en todos los casos, va a ser el daño antijurídico; sin embargo, según cada caso, este se puede revelar como falla del servicio (presunta o probada), o como daño especial, o como riesgo excepcional u otros regímenes no condicionados por la presencia de una falla del servicio (Isarri, 2000).

Ahora bien, específicamente sobre la normatividad expedida por el Congreso de la República en medio de su función legislativa, se comienza a verificar una forma de responsabilidad estatal como consecuencia de los yerros legislativos que produjeren un daño a determinados sujetos:

En Colombia, la Sección Tercera de esta Corporación, antes de la Constitución Política de 1991, abrió el paso al reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en los mismos términos de la jurisprudencia francesa y, con posterioridad, indicó de manera incidental que la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente podía constituir un título de imputación especial que daba lugar a la reparación de daños antijurídicos (Consejo de Estado, 2018).

Sin embargo, dicha responsabilidad únicamente podría predicarse sobre las leyes que fueren declaradas inexequibles por parte de la Corte Constitucional con efectos retroactivos, es decir, la ley aplicada jamás nació a la vida jurídica y su ejecución comporta un daño antijurídico que, de ser probado juntos con los demás elementos constitutivos de la responsabilidad, acarrea la posibilidad de que el actor solicite la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Dicha situación puede ser en mayor medida evidenciable cuando el actor, en cumplimiento de una carga impositiva *legítima*, finalmente resulta lesionado en su patrimonio como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de determinada norma sustancial y cuyos efectos fueren *ex tunc*, o “desde siempre”, en cuyo caso se encaja la casuística a la hipótesis señalada en el párrafo anterior.

La presente investigación apunta a analizar aquellos escenarios en los que podría plantearse la responsabilidad patrimonial del Estado en materia tributaria por el hecho del legislador, el régimen subjetivo al que debe acogerse, bajo qué medio de control podría



impetrarse y los elementos constitutivos de responsabilidad que debe tener en cuenta el accionante, buscando con ello la forma en la que sería factible la prosperidad de las pretensiones.

El diseño metodológico que se implementará consiste en el enfoque cualitativo, acudiendo a los pronunciamientos judiciales de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, que actualmente imperan en el ordenamiento jurídico colombiano, con especial atención a las dos últimas, toda vez que la Corte Suprema de Justicia también ha realizado contribuciones doctrinales sustanciales en lo referente a los principios generales del derecho, como la *actio in rem verso*, en el que se acudiría contra el Estado.

Asimismo, resulta imperioso conocer la génesis de la responsabilidad patrimonial del Estado con especial énfasis en la que se genera por el hecho del legislador desde la doctrina jurídica europea que desemboca en la aplicación de sus fundamentos filosóficos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, cuya materialización es propia de las providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que se analizarán en próximos capítulos.

2 Planteamiento del problema

En Colombia, la responsabilidad del Estado legislador como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo representando un problema jurídico-filosófico en función de la regulación que admite diversas interpretaciones sobre la materia y constituye una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia nacional a partir de 1990.

En ese sentido, en Colombia se han decantado hipótesis en las cuales resulta procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, obteniendo su evolución histórica en el derecho nacional e internacional a partir de los fundamentos filosóficos de juristas y providencias recogidas de la casuística y doctrina francesa y española.

En Colombia se han expuesto argumentos como el de la soberanía, la voluntad del legislador, la irresponsabilidad del Estado por la expedición de las leyes y los efectos de las sentencias constitucionales, a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 de la



Constitución Política, porque no se puede limitar la facultad del pueblo a autorregularse, la inviolabilidad del voto del congresista como agente del constituyente primario y mucho menos desconocer el control constitucional de las leyes.

Los regímenes subjetivos de responsabilidad fueron finalmente englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico, cuya inclusión de dicho principio ha generado varias reacciones dentro de la jurisprudencia y doctrina nacional, pues hay diversas opiniones respecto al régimen de responsabilidad que ha quedado consagrado a raíz de la nueva Carta Política, en el entendido de que la opinión dividida entre lo que se ha establecido como responsabilidad objetiva del Estado colombiano, mientras que podría afirmarse válidamente que aunque no se puede hablar de una responsabilidad totalmente objetiva, sí se presenta a partir del artículo 90 Superior una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, es decir, que ya no se tiene como régimen común de responsabilidad el de la falla probada, sino que el régimen común ahora de responsabilidad es el de aquellos sistemas no sometidos o supeditados a la presencia de falla del servicio.

Ahora bien, como se verifica por parte del doctor Juan Carlos Henao (Henao Pérez, 1996) y en el mismo sentido, la Corte Constitucional¹ considera que el artículo 90 no ha eliminado los regímenes que la jurisprudencia del Consejo de Estado² venía aplicando, ni siquiera que se prefiera uno u otro régimen, pues todos los regímenes se siguen aplicando en iguales circunstancias, y lo único que cambia es que el fundamento genérico de la responsabilidad es el daño antijurídico y como fundamentos especiales existen los tradicionales declarados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Uno de los temores sobrevinientes en la aceptación de este tipo de responsabilidad son las demandas contra el Estado, constitutivas no solo por el hecho de la expedición y aplicación de normas tributarias abiertamente declaradas inexequibles, sino que, como consecuencia, tal situación es generada por una falla en el servicio, que puede ocasionar un daño antijurídico por parte del Estado legislador, en cabeza de la Nación-Congreso de la República, denotado por el déficit del control constitucional en este tipo de gravámenes

¹ Teniendo en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional C-333 de 1996 y C-430 de 2000.

² Regímenes abordados por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de mayo de 1975, sentencia del 7 de junio de 1984, sentencia del 20 de febrero de 1989, sentencia del 3 de mayo de 2007, sentencia del 26 de enero de 2011, entre otros pronunciamientos abordados por la Sección Tercera del Alto Tribunal.



como el tributario, en donde los afectados buscan que se les repare el daño causado, con la devolución de lo pagado al erario, evitando así la constitución de un enriquecimiento sin causa para el Estado. (Consejo de Estado, 2012).

Lo anterior conlleva para los contribuyentes una falta de seguridad jurídica, generada por el surgimiento de normas inconstitucionales, que en su vigencia exigían una obligación en el pago de esos tributos para el disfrute de unos derechos que sin ello no permitía o limitaba el ejercicio de su objeto económico; así mismo, por la violación del principio de legalidad del tributo, **pues** tales postulados generan situaciones jurídicas consolidadas, como también la confianza legítima, ya que esta se debe respetar ante la derogatoria por ejemplo de un beneficio legal y la buena fe cualificada, llevando a que esos contribuyentes no tuvieran otra alternativa que pagar, afectando su patrimonio por subordinación a la ley (Corte Constitucional, 2002).

De otro lado, sobre el marco de acción, el daño antijurídico generado por normas tributarias declaradas inexecutable que implican una reparación de perjuicios al patrimonio de los ciudadanos, no es ajeno a la realidad jurídica nacional, en tanto muchas personas o empresas contribuyentes que por su ejercicio comercial han sido obligadas a pagar tributos durante un tiempo determinado en razón a la defectuosa función legislativa, de las cuales muy posiblemente, gran parte nunca reclamaron la devolución de lo pagado o la indemnización por los daños patrimoniales causados al considerar que ese daño, al no ser estipulado en la Carta Magna, no tenían el derecho a su indemnización.

Se pensaba entonces que el pago de dichos tributos removidos del ordenamiento jurídico constituyen aportes generales para todos los contribuyentes, recaudado por la administración pública o a través de recaudadores indirectos que estos, al captarlos, no están para diferenciar entre tasa e impuesto, haciendo que en ocasiones las tasas se asimilen a los impuestos, como en el caso de las importaciones, asumiendo una carga pública que no debían asumir.

La anterior hipótesis se demuestra en la inexecutable de la Tasa Especial Aduanera (TESA), contemplada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, en cuya vigencia diferentes empresas comerciales tuvieron que cancelar dicho tributo, el cual resultó



removido del ordenamiento jurídico colombiano mediante sentencia C-992/01 de la Corte Constitucional.

Corolario de lo anterior, surgen varios cuestionamientos sobre la noción jurídica que puede llegar a tenerse en el ordenamiento nacional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, puntualmente en materia tributaria; por consiguiente, resulta necesario analizar las características más importantes que puedan surgir para su acreditación y reclamación efectiva por parte del sujeto que se crea con derecho a ser indemnizado al haber sido agraviado de esta forma.

3 Justificación

La presente investigación resulta ser conveniente para la comunidad científica porque su impacto o consecuencias tienen relevancia constitucional, al ser necesario y de forzoso deber legal el análisis jurisprudencial y la vinculación de la falla en el servicio por el hecho del legislador, como una extensión de la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

En dicha medida, el impacto esperado corresponde a que se espera formular un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial que permita a los interesados reconocer las posturas relevantes adoptadas por los altos tribunales de lo contencioso administrativo y de lo constitucional, con miras a difuminar aquellos puntos que puedan seguir generando diferencias de criterios sobre la vocación de prosperidad de las pretensiones de la eventual demanda que puedan presentar los que se consideren víctimas de un daño antijurídico de esta naturaleza, a partir del tratamiento que se le ha dado hasta la fecha al tema de marras.

Ahora bien, resulta sociojurídicamente relevante la presente investigación, en función a la incidencia que imprime el menoscabo del patrimonio de los contribuyentes gravados al crearse la posibilidad de perseguir una indemnización a partir del momento en el que se tiene conocimiento de la declaratoria de inexecutable de leyes tributarias. Esto debido a que las mismas incorporen efectos retroactivos o hacia el futuro, es decir, que las citadas normas en lo que respecta a la obligatoriedad que le asiste al Estado y a sus agentes la devolución de los dineros captados por esos tributos por resultar incompatibles con la



Constitución, dejen de representar una contraprestación, como en el caso del TESA, que ofrecía una contraprestación por servicios aduaneros.

Además, por la exigencia en la reparación de los daños y perjuicios causados, constituidos por la conducta del legislador, de cómo deben ser devueltos y tasados, si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del legislador. Excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones, ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias, como el caso de la sentencia C-149 de 1993 sobre la facultad para emitir bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI), entre otras consideraciones.

Asimismo, representa un valor teórico en el entendido de que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador es fruto de la infracción a los principios de constitucionalidad y de responsabilidad jurídica contenidos en los artículos 4 y 6 de la Constitución, y también del contenido titular de los derechos subjetivos, en especial del principio de igualdad. Por lo anterior, no le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental, o a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales, la creación de una disposición lesiva del ordenamiento que comporte una carga excesiva para el contribuyente y que la misma pase desapercibida sin el reconocimiento de los perjuicios que eventualmente se le causaren al afectado.

4 Pregunta de investigación

¿Cuáles son los elementos jurídicos que permiten la viabilidad de la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador en materia tributaria en el ordenamiento jurídico colombiano?

5 Objetivos

5.1 Objetivo general

Analizar los elementos jurídicos constitutivos que permitan deprecar la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador en materia tributaria dentro del ordenamiento



jurídico colombiano, con el fin de impetrarla ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.2 Objetivos específicos

- Describir los fundamentos filosóficos, doctrinales y jurisprudenciales que permean la regulación en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en la legislación colombiana.
- Analizar los criterios constitutivos de responsabilidad por el hecho del legislador en materia tributaria en Colombia, tendientes a concretar la viabilidad jurídica para su acreditación e interposición mediante el medio de control de reparación directa.
- Determinar las consecuencias jurídicas de los efectos de las sentencias de constitucionalidad sobre las leyes tributarias en Colombia, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador.

6 Marco referencial

6.1 Marco conceptual

Si bien es cierto que las disposiciones constitucionales establecen la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública, esta no hace distinciones en cuanto al causante del daño, siendo la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador imputable al poder legislativo, desde la perspectiva del Estado social de derecho y de los principios y valores que rigen el ordenamiento constitucional. Lo anterior no quiere decir que esa responsabilidad que se indilga se vea circunscrita a los eventos de declaración de inconstitucionalidad, sino a la noción de daño antijurídico, pues esta actualmente se basa en los principios de solidaridad, igualdad, y no como debería ser por la actividad ilícita del legislador, ya que es contraria a la Constitución, no dejando su análisis solo a nivel jurisprudencial, sino que debe ser enmarcado dentro del ordenamiento con control constitucional y el reconocimiento del derecho a indemnización por los perjuicios causados por la expedición de leyes inconstitucionales.

De conformidad con lo anterior, se hace necesario realizar una interpretación sistemática del artículo 90 de la Carta Política, en lo que respecta a las expresiones de hecho y omisión



que tales conductas no sean imputables solo a las autoridades administrativas, sino que esta incluya la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas, siendo conforme a la Constitución, razón por la cual debe ser adoptadas (Corte Constitucional, 1998).

En tal sentido, también resulta indispensable determinar cuáles han sido los aportes previos más relevantes en los campos normativos, jurídicos, jurisprudenciales, conceptuales y afines, respecto al tema expuesto en la presente investigación.

En primer lugar, se hace indispensable relacionar los conceptos claves para el desarrollo de esta investigación con el fin de acercar al lector a los términos más relevantes que requiere aprehender en función del contenido:

Responsabilidad patrimonial: Consiste en solicitar una indemnización por toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas y que no tengan el deber jurídico de soportarlo. (Palomar & Fuentes, 2018).

Daño antijurídico: El reconocido jurista Juan Carlos Henao definió la antijuridicidad como “aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*” (Henao, 1996). Destaca el mismo autor en la obra precitada que “el daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el elemento daño que es el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad, en tanto que las especies serían su fundamento inmediato”.

También definido como lesión en el menoscabo que sufren los contribuyentes como víctimas en su patrimonio o en sus derechos económicos, al no tener el deber jurídico de soportar esa carga pública de la aplicación por un lapso de tiempo de leyes inconstitucionales. (Franco & Góngora, 2001).

Falta o falla del servicio: Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, contenido obligacional que se puede derivar de textos específicos, como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los



funcionarios y el Estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo 2º, el cual en su segundo párrafo establece: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. (Isarri Boada, 2000).

El Consejo de Estado también la ha definido como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente. Esta es la noción que en un comienzo acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido óbice para que el Consejo siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento. (Isarri Boada, 2000).

Este elemento es de vital importancia, razón por la cual el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de dicha falla, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones serán desechadas y no logrará la indemnización. Es un requisito muy exigente, ya que se reclama tradicionalmente por la jurisprudencia, que el actor suministre la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el demandante no solo debe probar cómo se produjeron los hechos que supone constitutivos de la falla, sino cuándo y dónde ocurrieron (Isarri Boada, 2000).

Perjuicio: Consistente en el menoscabo que sufre el patrimonio de la víctima (perjuicio patrimonial) y/o en las lesiones que afectan sus bienes extrapatrimoniales y que pueden consistir bien en el daño moral, ya sea en los daños fisiológicos o en las alteraciones en las condiciones de existencia que, aunque no han sido todavía reconocidos por el Consejo de Estado colombiano, están latentes (perjuicios extrapatrimoniales) (Rueda, 2014).

Nexo causal entre la falla y el perjuicio, es decir, que entre la falla alegada y demostrada y los perjuicios experimentados y probados debe existir un vínculo de tal naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la de la falla (Rueda, 2014).



Falla presunta del servicio: Este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. Esto es así como reacción al hecho de que en muchas situaciones se negó la indemnización de los perjuicios causados por el Estado, debido a que en el sistema de la falla probada los requerimientos probatorios son muy exigentes y, en algunos casos, muy difíciles de cumplir, generándose así una iniquidad; entonces, como respuesta a tal injusticia, el Consejo de Estado empieza a arraigar en la jurisprudencia la teoría de la falla presunta (Isarri Boada, 2000).

Elementos constitutivos de responsabilidad: Comportan la necesidad de acreditación por parte del agente que resiste el daño antijurídico. Se deben probar haciendo que la carga probatoria en cabeza del demandante se aligere y por tal razón solo debe acreditar:

Perjuicio: Al actor le incumbe demostrar que ha sufrido un perjuicio, el cual, como se vio anteriormente, puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

Nexo causal entre el perjuicio y el hecho de la administración, al demandante le compete establecer dicha relación (Isarri Boada, 2000).

Impuesto: Aquellos tributos que cumplen las siguientes características:

1. Son generales, lo cual significa que se cobran indiscriminadamente a quienes se encuentren dentro del hecho generador y no a un grupo social, profesional o económico determinado.
2. Son obligatorios.
3. No conllevan contraprestación directa e inmediata.
4. El Estado dispone de estos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos; por lo tanto, van a las arcas generales para atender los servicios y necesidades públicas (Isarri Boada, 2000).

La capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe ir implícito en la ley que lo crea, sin que pierda el carácter general (Aponte & Ardila, 2015).

Tasa: Se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características:

El Estado cobra un valor por un bien o servicio ofrecido. Este guarda relación directa con los servicios derivados. El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o



servicio. El precio cubre los costos en que incurre la entidad para prestar el servicio, incluyendo los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión. Pueden involucrarse criterios distributivos, por lo que en materia de tasas no puede existir una situación jurídica consolidada si el particular paga y no recibe el servicio que caracteriza a las tasas, siendo un elemento fundamental de este tipo de tributo, distinto al impuesto (Corte Constitucional, 2006).

Pago en exceso: Se presenta cuando se paga un monto mayor al que corresponde por un tributo y periodo tributario que sí corresponden al contribuyente.

Pago indebido: Se presenta cuando se paga algo que la ley no exige, cuando no hay un sustento legal para dicho pago.

Enriquecimiento sin causa o *actio in rem verso*: Se presenta cuando el patrimonio de una persona se transfiere a otro individuo sin existir una causa jurídica que justifique ese traspaso (Consejo de Estado, 2003).

Con la claridad del punto anterior, es menester desglosar cada concepto jurídico contenido en cada norma, las cuales aplican al presente tema de estudio, con el fin de demostrar que es insuficiente al no incorporar claramente la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, los cuales se incorporaran a medida del desarrollo en el contenido.

Artículo 90 - Constitución Política de 1991. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así las cosas, y en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

Al hacer referencia al principio de legalidad en materia tributaria, se encuentra incorporado en el numeral 12 del artículo 150 y en el artículo 338 de la Constitución Política: el primero consagra una reserva en el Congreso para “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”, mientras que el segundo exige a la Ley, en algunos casos en concurrencia con las ordenanzas y los acuerdos, la determinación de los elementos



del tributo. Este principio se funda en el aforismo *nullum tributum sine lege*, que exige un acto del legislador para la creación de gravámenes, el cual se deriva a su vez de la máxima según la cual no hay tributo sin representación, en virtud del carácter democrático del sistema constitucional colombiano e implica que solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos.

Históricamente, este principio surgió a la vida jurídica como garantía política con la inclusión en la carta magna inglesa de 1215 del principio “no taxation without representation”, el cual es universalmente reconocido y constituye uno de los pilares del Estado democrático.

El principio de legalidad tiene como objetivo primordial fortalecer la seguridad jurídica y evitar los abusos impositivos de sus gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión democrática, sus elementos esenciales para ser válido. En este sentido, el principio de legalidad, como requisito para la creación de un tributo, tiene diversas funciones dentro de las cuales se destacan las siguientes: i) materializa la exigencia de representación popular, ii) corresponde a la necesidad de garantizar un reducto mínimo de seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones, y iii) representa la importancia de un diseño coherente en la política fiscal de un Estado (Corte Constitucional, 2012).

Artículo 150 – Constitución Política de 1991. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas, ejerce las siguientes funciones: 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

Art. 45 de la Ley 270 de 1996, el cual dispone que las sentencias, que dicta la Corte Constitucional sobre actos sujetos a su control, tienen efectos hacia futuro, salvo que la misma Corte ordene lo contrario. Aunque este mandato es incontrovertible, sí se requiere una postura diferente y de colegiatura por parte de ese órgano, frente a temas tributarios,



con la responsabilidad de que hoy en día los conceptos, análisis y criterio de las altas cortes conforman el precedente judicial.

Unificación de jurisprudencia, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación (Consejo de Estado, 2012).

La jurisprudencia, tanto de la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado como de la sección tercera, ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder legislativo es la acción de reparación directa, como se sostuvo en la sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la sala plena, y en la sentencias de 26 de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia. Entonces, la interpretación que ha acogido el Consejo de Estado en su jurisprudencia es una interpretación de conformidad con el texto constitucional; por tal razón, no hay lugar a un pronunciamiento de esta corporación que acoja una interpretación condicionada del precepto jurídico demandado.

La doctrina internacional señala que los vestigios más antiguos sobre la formulación de una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, se encuentra en la jurisprudencia francesa y que ella configuró tal construcción, incluso antes que la doctrina (Jiménez, 2000).

6.2 Marco teórico

Cabe destacar que el objetivo de estas instituciones es alcanzar la equidad vulnerada como consecuencia de las acciones u omisiones de la administración, que lesionan al administrado. “Esta es otra razón por la cual es importante adelantar el estudio detenido



sobre los regímenes de responsabilidad” y las diversas posturas jurisprudenciales (Isarri Boada, 2000).

El control de constitucionalidad no es un requisito sine qua non para el reconocimiento de la responsabilidad del legislador, y como bien señala la doctrina, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática, pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma (Corte Constitucional, 2006).

Esa idea de que el Estado se ubica por sobre la ley y, por tanto, será únicamente responsable por los daños que eventualmente produzca al legislar cuando una ley así expresamente lo señale, sigue latente en gran parte de la jurisprudencia y la doctrina (Checa González, 2004).

La evolución histórica del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador inicia en 1995, con la sentencia No. 11.493, consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez, 1998, sentencia No. IJ-001, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, 2001, sentencia 5911, consejero ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, 2002, sentencia C-619, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, 2007, sentencia 15503, consejera ponente Ligia López Díaz, 2006, sentencia 4421-05, consejero ponente Jesús María Lemus Bustamante, 2007, radicado No. 16421, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, 2009, radicado No. 11901, consejero ponente Rafael Ostau de la Font, 2012, exp. No. 24.655, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, 2014, radicado No. 26.689, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, 2014, radicado No. 29355, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2016, radicado No. 0217100, consejera ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

Lo anterior, por cuanto es el hecho del legislador el que constituye la falla en el servicio, causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, que se derivó por la expedición de leyes declaradas inconstitucionales, por la omisión en la función genérica que tiene el Estado y que se encuentra consagrada en la Constitución Política en su artículo 2º, que en su segundo párrafo establece que las autoridades de la República están instituidas



para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Hasta la Constitución de 1991 no se contemplaba la existencia de una cláusula expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Henaó Pérez, 1996) y, en especial, del Consejo de Estado, como la citada, encontraron en diversas normas derogadas como el art. 16 los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el daño especial. No obstante, la Constitución reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90, limitando el concepto a daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (Corte Constitucional, 1996).

Se hizo entonces necesario demostrar la responsabilidad patrimonial del Estado, encontrando su fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y que se configuren cuando concurren los presupuestos: i) El daño antijurídico o lesión definido en el menoscabo que sufren los contribuyentes como víctimas en su patrimonio o en sus derechos económicos, al no tener el deber jurídico de soportar esa carga pública de la aplicación por un lapso de tiempo de leyes inconstitucionales, ii) una acción u omisión imputable al Estado; en este caso en concreto, se da por la falta de control legal por parte del Congreso, pues no satisfizo las obligaciones contenidas a su cargo y de la nación en representación de ese Estado legislador, y iii) la relación de causalidad para que ese daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable a todos los afectados, en consecuencia del incumplimiento por parte del Congreso de la República y de la Corte Constitucional, el primero, por no ejercer el deber de control legal a todas sus pronunciamientos legales antes de ser notificados y publicados y, del segundo, por no pronunciarse constitucionalmente frente a la devolución de los dineros captados por la DIAN, frente a tasas y tributos, siendo una obligación y un deber legal pues sino estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa (Corte Constitucional, 1995).



La falla del servicio se ha visto desde una perspectiva general en el régimen común, sin que se acepte abiertamente que el legislador, aun cuando cumple su función por mandato constitucional y en representación de los constituyentes, no le priva de una responsabilidad subjetiva por su conducta, al no cumplir la función obligacional de importancia primaria de realizar un control previo de constitucionalidad.

Lo anterior debe estar acorde con principios, valores, jerarquía normativa, autoridad que expide, siendo el hecho mismo o su omisión lo que desencadena una falla del Estado legislador, porque dará lugar a que se expidan y apliquen normas abiertamente inexequibles, pues el hecho del legislador que violó el deber funcional consagrado en la Constitución en su artículo 150, demuestra que el servicio legislativo no se prestó en debida forma.

7 Diseño metodológico

Esta es una investigación jurídica, fundamentada desde un enfoque hermenéutico jurídico cualitativo, en atención a fuentes primarias y secundarias, a partir de la legislación vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, así como de la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina ofrecen sobre cada tema en particular.

Así mismo, se encuentra apoyada en el análisis de los antecedentes legales y doctrinales sobre los fundamentos filosóficos y constitucionales que durante el desarrollo de un Estado social de derecho permiten convocar a las entidades obligadas a reparar los daños ocasionados por acción u omisión; el conocimiento y la aplicabilidad de las diferentes normas que en el tiempo pretenden solucionar los conflictos por medio de los métodos alternativos, entre los que se encuentra la conciliación extrajudicial en materia de reparación directa.

Por cuanto los elementos constitutivos de responsabilidad del Estado y que han sido acogidos por la jurisprudencia no avanza en aplicar esos elementos constitutivos de responsabilidad a la de responsabilidad por el hecho del legislador.

Igualmente, porque Colombia continúa manejando la teoría española de daño antijurídico expuesto por García de Enterría, siendo evidente una evolución a ese concepto por las diversas formas de daño que han surgido, en este caso el daño patrimonial



antijurídico por el hecho del legislador, exigiendo reconocer el daño dependiendo los perjuicios causados al lesionado en cada caso en particular, creando de esta forma una incertidumbre a los administrados frente al reconocimiento de responsabilidad por el órgano legislativo dentro de la aplicación del régimen de responsabilidad, pues este no contempla el hecho del legislador.

De la misma manera, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador es fruto de la infracción a los principios de constitucionalidad y de responsabilidad jurídica contenidos en los artículos 4 y 6 de la Constitución, y también del contenido titular de los derechos fundamentales, así como del artículo 13 en cuanto a la vulneración de las garantías de igualdad ante la ley y de igualdad ante las cargas públicas y en esa medida se infringen normas constitucionales que operan como reglas de competencia.

Este método de investigación demuestra cómo en Colombia se hace necesario que se reconozca la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en materia tributaria y que este sea imputable por la falla del servicio legislativo; así mismo, porque se debe dar garantía en las normas, los principios y valores constitucionales, como también de que el poder jurisdiccional se pronuncie frente a cómo se debe realizar la devolución de los tributos recaudados por normas declaradas inexequibles, evitando dejar en los contribuyentes expectativas no resueltas hasta el momento y considerado como un vacío legal, pues solo está reglado la devolución de saldos a favor, devolución de impuestos, devolución de lo no debido, pero no en lo que respecta a tributos. Esto crea en los contribuyentes una sensación de inseguridad jurídica desde el nacimiento del tributo declarado inexequible y del procedimiento que debe ejecutar la autoridad administrativa DIAN, frente a esas devoluciones, las cuales se deben realizar con las indexaciones respectivas como garantía real e integral de la recuperación del patrimonio de esos contribuyentes afectados y/o lesionados.

Por lo anterior, se deberá determinar los daños que se ocasionan a los contribuyentes con la misma declaratoria de inconstitucionalidad, debido al impacto que se genera en su economía y que causa un detrimento igualmente a las arcas del Estado tal devolución, el cual desde su ingreso entra al patrimonio nacional y se ha dispuesto por él, entendiéndose



que los pagos por los tributos son de cifras gigantescas y seguramente el Estado no está preparado para devolver y mucho menos para indemnizar por esos daños.

Por tanto, se requiere con urgencia manifiesta que la Corte Constitucional en sus fallos de inconstitucionalidad de normas tributarias, deje plasmado los efectos de sus sentencias en temas tributarios por el sentido que esta toma, al declarar no solo la inconstitucionalidad, sino la devolución de los dineros captados por esos tributos a los contribuyentes como un control integral de legalidad normativa. Así mismo, que las normas tributarias desde su expedición contemplen todas esas garantías a que se refiere la materia, como garantía constitucional, confianza legítima y seguridad jurídica a los lesionados, que desde el inicio se ven afectados por el pago del tributo, pero lo hacen por obligación legal y no tienen por qué soportar la carga pública de no tener la certeza frente a la devolución de sus activos.



Desarrollo

1 CAPÍTULO I. Fundamentos del derecho en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador en Colombia

En el presente capítulo se abordarán los antecedentes relevantes que permean la doctrina actualmente aplicable a la normatividad vigente en materia de responsabilidad estatal, tal vez uno de los puntos más relevantes en la historia del derecho en el mundo, ya que hace pocos siglos se concebían formas de gobierno despóticas en las monarquías absolutas europeas, y que a través del descubrimiento y posterior conquista del continente americano, arribaron al ordenamiento jurídico que comenzaba a gestarse en el territorio colombiano.

En ese orden de ideas, se precisarán los referentes normativos del derecho internacional que actualmente permiten reconocer la evolución del derecho en materia de responsabilidad estatal, con especial énfasis en aquello que concierne a los fundamentos jurídicos de la responsabilidad por el hecho del legislador, tanto más polémica que las demás formas de responsabilidad por tratarse de la expresión soberana de la voluntad del pueblo que radica en la facultad de darse sus propias reglas para la conducta social –la ley–, y que por su carácter impersonal y abstracto, ha sido controversialmente discutida como fuente o hecho generador, en sí misma, de responsabilidad –patrimonial– de la función pública estatal.

El final del absolutismo señala el triunfo de la ideología liberal y el comienzo del Estado de Derecho, en el cual podemos encontrar los dos grandes principios formulados más tarde por Hauriou:

- a) Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y,
- b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad). No es que con anterioridad no existiera Derecho o que el gobernante no produjera normas jurídicas; de lo que se trata ahora es de una nueva concepción sobre la relación entre el Derecho y el poder político en dos puntos centrales:
 - a) Que el poder tiene su origen en la comunidad o en el pueblo y que, por consiguiente, el gobernante no lo recibe directamente de Dios.
 - b) Que el gobernante y sus agentes en el ejercicio del poder político ya no pueden disponer de este de manera arbitraria y, por tanto, su actuación debe estar ajustada a la ley (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 424; Jiménez W., 2013, p. 68).



Con ello, aparecieron las primeras tesis de responsabilidad o, puntualmente, “irresponsabilidad” del Estado frente a sus actos de gobierno denominados actos de poder, teniendo en cuenta que inicialmente se le dio un tratamiento al Estado en algunos países europeos en términos similares a los que se les daba a las relaciones de derecho particular emanadas del Código Civil en países como Inglaterra, Francia o Italia (Jiménez W., 2013).

Con el famoso fallo Blanco en Francia (1873), llegaría entonces el régimen independiente de la responsabilidad administrativa y cuyo fallo resulta ser el primer cimiento tangible del nacimiento de una vertiente autónoma del derecho encaminada a proponer un tratamiento diferencial concreto a los actos u omisiones emanados de la administración en perjuicio de los ciudadanos.

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 3; Jiménez W., 2013).

Posteriormente, en ese mismo país aparecerían nuevos referentes en materia de responsabilidad –o no– estatal, importantes para el objeto de la presente investigación.

Jinesta Lobo (2005) anota que, a mediados del siglo XIX, con el fallo Duchatelier de enero 11 de 1938 del Consejo de Estado, dicha corporación puntualizó:

- a) “El Estado no debe ser responsable por las consecuencias de las leyes que en aras del interés general prohíben el ejercicio de una industria”.
- b) “Del Estado no pueden reclamarse otros créditos más que los surgidos de un contrato o de una disposición expresa y formal de la propia ley”.

Inspirados en la doctrina de La Ferriere y Rosseau sobre la ley como expresión de la voluntad popular fruto del contrato social, no podría atribuirse responsabilidad al pueblo por la ley que se promulga en su nombre.



Para la época, el derecho francés fue contundente al predicar la imposibilidad material de deprecar responsabilidad al pueblo, al *Estado*, por la expresión soberana de su voluntad para autorregularse.

Aunado a aquello, solo se concebía la posibilidad de una responsabilidad por la ley contraria a la Constitución, pero no existía control constitucional ni órgano competente para dicha tarea, de modo que era inadmisibles la declaratoria de una indemnización. Con todo, es la sentencia *Société des publications Périodiques* de febrero 12 de 1886 del Consejo de Estado, que se admite la teoría del hecho del príncipe en materia contractual y se cuestiona la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley impositiva bajo los siguientes presupuestos:

- a) “El Estado debe indemnizar a sus co-contratantes por las modificaciones introducidas en el estatus contractual en virtud de una ley”.
- b) “Cuando no existe una relación contractual, el Estado responde, única y exclusivamente, cuando la propia ley ha previsto el derecho a la indemnización o su deber a resarcir”. (Jinesta Lobo, 2005).

Nótese, sin embargo, que se abría la posibilidad de endilgar responsabilidad por la norma inconstitucional, cuyo fundamento resulta importante y actualmente de recibo, toda vez que el modelo de estado constitucional de las naciones se sigue implementando hasta la fecha en múltiples Estados alrededor del mundo.

Por su parte, el tratadista León Duguit, condensado por juristas españoles como Tomás Ramón Fernández (2010), que han desarrollado la temática en el mismo sentido, dejan ver la posición contraria que tomaría fuerza con los años. El tratadista, en su obra de derecho constitucional publicado en 1911, asegura que el concepto de soberanía es “irreal y caduco”, pues el Estado es un asegurador de todos los riesgos derivados de su actividad general, incluida la aplicación de una ley; sin embargo, propone las siguientes condiciones:

Si una ley prohíbe o restringe una actividad inicialmente lícita, pero considerada como peligrosa o nociva para la vida social o individual, en tal caso el legislador no debe indemnizar, sin que les quede permitido a los perjudicados alegar igualdad ante las cargas públicas o el aseguramiento mutualista contra el riesgo social (Guichot, 2016).



Se acercaría entonces a la premisa mayor acerca de la ley que prohíbe una conducta, sin considerarla perjudicial para el bien común, con el propósito de traspasarla al sector público y organizar un servicio público; el resarcimiento conocido como cláusula indemnizatoria, es perceptivo y se fundamenta en un derecho superior.

Otro antecedente de mayor envergadura se dio en 1835, cuando un ciudadano reclamaba una indemnización por el daño ocasionado a su patrimonio por la clausura de su fábrica, originado en una prohibición legal de fabricación y venta de sucedáneos del tabaco, para proteger el monopolio de dicho producto.

En dicho fallo del Consejo de Estado francés, de fecha 11 de enero de 1938, se optó por la negativa a declarar que el Estado habría de responder patrimonialmente por el hecho del legislador argumentando que la ley, al ser una norma general, no afecta situaciones jurídicas de personas determinadas, sino que su aplicación beneficia o perjudica a todos por igual y, por lo tanto, no tendría el deber de indemnizar los daños (Jiménez F. J., 2000).

Así mismo, sostiene la tesis actualmente, que admite como procedente la indemnización por los eventuales perjuicios producidos por una ley, en tanto la misma conceda tal posibilidad.

En 1938, el Consejo de Estado, mediante la sentencia del caso conocido como *Arrêt de la Fleurette* (por la creación de la crema de leche), que obligó al cierre de la fábrica, reconoce una indemnización a cargo del Estado para resarcir de los perjuicios producidos a un ciudadano por una ley de 1934 (Caldera, 1982, p. 101).

Varias decisiones se presentaron con posterioridad en términos similares, como el *Arrêt Caucheteux et Desmots* (21 de enero de 1944), el *Société des Ateliers du Cap Janet* (28 de octubre de 1949), el *Arriete Lacombe* (1 de diciembre de 1961). Sin embargo, el máximo órgano de lo contencioso administrativo colombiano destaca este último, argumentando que el Consejo de Estado francés señaló que el perjuicio causado a un funcionario por una ley era susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado “sobre la base del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas” (Consejo de Estado, 2007).

Estos fallos conllevan la iniciativa de estudiar la responsabilidad del legislador por el hecho de las leyes situando a los juristas en un campo limitado, pues en principio se podría pensar que dicha responsabilidad no es para leyes de carácter general, impersonal, abstracto



o dirigidas a una comunidad indeterminada en número, sino aquellas que generan un daño como consecuencia del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, daño en el cual los sujetos afectados pueden ser identificados.

Fue en 1963, en el caso conocido como *Arrêt Bovero*, cuando el Consejo de Estado francés reconoció de forma más amplia la responsabilidad patrimonial legislativa (Rivero, 1984), desplazando el concepto de responsabilidad del Estado en un modelo de régimen especial de responsabilidad, hasta ser considerada como una responsabilidad pública de derecho común al fundamentarse sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas (Checa González, 2004, p. 50).

Los fallos precitados apelan a que la medida legislativa comporta un sacrificio de intereses particulares a favor de la protección de otros intereses particulares, razón por la cual, la no referencia tácita del legislador respecto a la indemnización obliga al Estado a pagar. En estos supuestos, se considera que el sacrificio impuesto desborda los límites del principio de igualdad ante las cargas públicas y que la indemnización debe darse así el legislador no la haya consentido expresamente.

Garrido Mayol considera que la doctrina del Consejo de Estado se puede resumir en los siguientes puntos también condensados por juristas que han observado con detenimiento la forma en la que se desenvuelve el tópico:

Primero, “la indemnización únicamente procede si media el asentamiento tácito o expreso del legislador”. Como señala en el *Arrêt Lacaussade*, del 22 de octubre de 1943, de no ser así, “la administración, al contrario, no puede, salvo delegación del legislador o circunstancias excepcionales, adoptar válidamente un reglamento relativo a las consecuencias perjudiciales de las actividades del Estado (Ruiz Orejuela, 2011).

Con todo el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado francés desde el fallo *La Fleurette* de 14 de enero de 1938 hasta 1963, se concentró en las siguientes variables:

- a) Si el legislador se pronuncia de forma clara y precisa sobre la procedencia de la indemnización, el Consejo de Estado debe aplicarla, estándole vedado reconocerla cuando la ley la excluye.
- b) Ante el silencio legislativo, la procedencia de la demanda de responsabilidad depende de la prueba de la voluntad tácita del legislador cuya carga es del reclamante.



- c) No cabe indemnización ninguna cuando la ley incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad Nacional o el orden público.
- d) La víctima debe alegar y probar un daño especial y excepcional o anormalmente grave que supere el nivel estándar de los sacrificios impuestos a los ciudadanos por la vida colectiva.
- e) Que el sacrificio no haya sido impuesto en atención a un interés general preeminente (Jinesta Lobo, 2005).

Se hace una distinción doctrinal entre actos legislativos ilegales y los legales; sobre estos últimos señala los requisitos planteados por el Consejo de Estado para declarar la indemnización en caso de mediar un daño:

El legislador puede excluir expresamente la posibilidad de indemnizar por los daños que cause una determinada ley, aunque sean singulares y anormales.

El perjuicio ha de ser superior a los riesgos propios y comunes de la vida en comunidad.

El daño debe afectar a un colectivo suficientemente singularizado (Ruiz Orejuela, 2011).

Del mismo modo, se estableció un margen de aplicación que delimitó la forma de aplicar dichos preceptos en función de las garantías colectivas de la nación, es decir, apuntando a la prevalencia del interés general:

La noción de interés general encierra una importante dualidad, de un lado sirve para apoyar la concesión de indemnización, por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas y permite excluir la obligación de indemnizar, cuando se pone fin a actividades ilegítimas o cuando se realiza una discriminación positiva o cuando se protegen intereses o bienes públicos superiores (Guichot, 2016).

Sin embargo, como advierte la doctrina, (Vedel, 1980), la responsabilidad del Estado que se derive de una ley es un punto de conflicto entre dos tendencias contradictorias del derecho público francés:

Por una parte, el control sobre la regularidad de la ley promulgada indiscutible e irrecusable como se ha dicho anteriormente, tiende a mantener la idea de que solo hay



responsabilidad derivada del Estado legislador en virtud de un régimen de reparación explícita o implícitamente aceptado por este. Sin embargo, en desarrollo del principio de igualdad ante las cargas públicas incita al juez administrativo a interpretar de forma más benévola para las “víctimas, el silencio del legislador (Santamaría, 1972).

No obstante, la Constitución ordena indemnizar en aquellos eventos en donde por ley se decreta la expropiación o la creación de un monopolio a favor del Estado, sin importar en estos casos si el legislador expresamente concede la indemnización (Corte Constitucional, 2006).

1.1 Responsabilidad por el hecho del legislador en el derecho internacional: fundamentos aplicables al derecho colombiano.

Revisados los antecedentes relevantes que traen consigo la evolución de las teorías abarcadas sobre la responsabilidad por el hecho del legislador en Francia, también es preponderante abarcar la doctrina española que de alguna manera ha permeado la fundamentación filosófica y dogmática jurídica en Colombia.

El control de constitucionalidad del legislador en España se realiza mediante el recurso de constitucionalidad reservado al Tribunal Constitucional, y la declaratoria de inconstitucionalidad se convertirá en la única posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del parlamento.

La responsabilidad por el hecho de las leyes es una cuestión relativamente moderna, pues imperaba el principio de la facultad soberana para el ejercicio de la potestad legislativa, porque el legislador no comete falta; comoquiera que su derecho no tiene límite, tal actividad no podía generar compensación alguna. En la época del Estado irresponsable, Laferriere y Michoud promulgaban:

Es preciso que los daños a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que pueda reclamar ninguna compensación. Solo el legislador puede apreciar si debe acordar esta compensación (...) la cuestión de la responsabilidad por falta no se puede plantear en relación con los actos del poder legislativo.



Puede decirse en verdad que el legislador no comete falta en sentido jurídico del término, porque su derecho no tiene límite de orden constitucional o legal (...). La jurisprudencia ha provisto eventos de respaldo y conocimiento al instituto reparatorio por actos del legislador y con una mayor frecuencia (Jinesta Lobo, 2005).

El profesor Tomas Quintana López (1994) señala que, bajo la llamada responsabilidad del Estado legislador, se albergan aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables generados por la actividad legislativa y que, en consecuencia, les sigue la obligación de resarcimiento (Quintana, 1996).

Destaca dentro del rastreo jurisprudencial las reclamaciones de los funcionarios públicos resueltas por el Tribunal Constitucional Español, al evaluar la constitucionalidad del decreto-ley de 1982, la ley 30 de 1984 y la ley 6 de 1985 de España, que limitaron a 65 años la edad de jubilación forzosa de los funcionarios de las administraciones públicas, y de la ley 53 de 1984, que consagró las incompatibilidades del mismo personal y prohibió ejercer más de un empleo público. A partir de esas reclamaciones en contra de la aplicación de normas de régimen de jubilación, se descubrió que una ley que anticipe la edad de jubilación de los funcionarios o que imponga un régimen de incompatibilidades más estricto que el anterior, ocasiona un quebranto patrimonial dentro de su ámbito de aplicación (Gobierno de España, 2020).

Básicamente, se hizo claridad por el Tribunal Constitucional de que las expectativas que genera la ley no son a tal punto cuantificables, como para que, al momento de surgir modificaciones legales sobre tales expectativas de derechos, pueda surgir responsabilidad del Estado por el hecho de estas leyes que permita una indemnización a favor de los particulares afectados.

El profesor Parada Vásquez se refiere de la siguiente manera:

Respecto a la responsabilidad del poder legislativo por los daños ocasionados con motivo de las leyes que una sentencia del Tribunal Constitucional declare nula. Dichos daños deben indemnizarse en la forma y medida en que lo son los originados por una disposición reglamentaria que se declare ilegal, y como en aquel caso, sin dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños que se han producido por el simple hecho de la anulación (Orejuela, 1993).



Garrido Falla no desconoce que por una ley expropiatoria pueda declararse la responsabilidad patrimonial del legislador, pero sí orienta su posición en la declaratoria de inconstitucionalidad como única posibilidad de declaratoria de la responsabilidad patrimonial del legislador. Lo plantea así:

[E]l único supuesto claro de responsabilidad del Estado-legislador solo se da cuando los daños causados tienen origen en la aplicación de una ley declarada inconstitucional (lo cual tendría equivalente en la tradicional “responsabilidad por falta (Garrido, 1989).

Ahora bien, un amplio número de autores, entre ellos, Jiménez Lechuga, plantean las siguientes teorías negativas, en las que argumenta que:

Si el poder constituyente hubiese querido responsabilizar al poder legislativo ordinario por hechos o actos derivados de la aplicación de las leyes, hubiese debido incorporar, lógicamente, tal responsabilidad a los preceptos constitucionales en los que regula (Título III), exactamente como lo hizo para los otros poderes del Estado, pero si calló, es porque tal responsabilidad quiso excluir: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit* (Jiménez, 1999).

Garrido Mayol va más allá de la noción y plantea que la naturaleza de la cláusula de responsabilidad es terminológicamente confusa, al referirse solo a “administraciones públicas” y no al Estado como tal, comoquiera que el poder ejecutivo no puede desconocer la ley creada por el legislador, pues se encuentra sujeto a ella; es al Estado como tal, al que debe atribuírsele responsabilidad (Ruiz Orejuela, 2011). El doctrinante soporta ese juicio, en la diferenciación rigurosa entre administración pública y Estado, al considerar la primera como gestora o administradora de la hacienda pública, y persona jurídica de que se vale el Estado para cumplir sus cometidos. Distinción importante y nada confusa si se interpreta a la luz del principio democrático de la división de poderes o ramas del poder público que conforman la estructura del Estado.

María Consuelo Alonso García (Garrido, 1989) es partidaria de que la responsabilidad del Estado legislador es de carácter subjetivo, puesto que solo habría lugar a ella si media una violación a la Constitución por parte de la ley causante del perjuicio.



En este orden de ideas, se tiene que el legislador, por regla general, debe ajustarse a los mandatos constitucionales y entender que el poder legislativo no es soberano ni omnipotente; por lo tanto, los ciudadanos siempre deben estar protegidos de todas y cada una de las arbitrariedades que se puedan presentar a causa del poder público y de la administración por parte del Estado (Alonso y Ramírez, 2012).

Conforme a lo anterior, son varios los aspectos a considerar al momento de configurar la responsabilidad por parte del Estado: a) la ley siempre debe prever una indemnización; b) si la ley no prevé una indemnización, la misma no se debe excluir radicalmente, y c) basta con que la lesión sufrida por el particular por la aplicación de la ley sea indemnizable (Gallardo, 1999).

En este orden de ideas, se puede colegir que son varios los tratadistas en el mundo que determinan que la responsabilidad a cargo del Estado en determinados casos específicos, ya sea por acción u omisión y para efectos de la presente investigación, se establece que el artículo 90 de la Carta Política de 1991, es el llamado a reclamar por vía de lo contencioso administrativo.

Finalmente, y como se demostró en párrafos anteriores, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombiano (Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, 2008) han acudido a dichos fundamentos filosóficos al sustanciar mediante argumentos como los antecedentes históricos del derecho francés y español o los elementos prácticos aterrizados por el derecho español y que evidencian la división de criterios entre los diferentes tratadistas que han abarcado la responsabilidad estatal por el hecho del legislador.

Ahora bien, revisada la doctrina internacional y sus máximos exponentes, resulta imperioso evidenciar la evolución histórica que le han dado los órganos de cierre dentro del ordenamiento jurídico colombiano con el fin práctico de observar la forma en la que se ha percibido la materialización de esta forma de responsabilidad en el derecho nacional.

1.2 Evolución histórica jurisprudencial en el sistema colombiano, sobre la responsabilidad del Estado legislador

El desarrollo jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido un tanto selectivo; pese a ello, es importante destacar algunas decisiones que han servido como



fuentes de referentes argumentativas verdaderamente relevantes, y que a la fecha cabe analizar a la luz del desarrollo jurisprudencial colombiano.

Mediante sentencia de 18 de octubre de 1990, la sección tercera del Consejo de Estado resolvió un caso en el cual una sociedad demandó al departamento del Valle del Cauca, al considerar que se generó un daño derivado de la expedición de un decreto y una ordenanza departamental, normatividad que creó un servicio de bodegaje de licores, suspendidas provisionalmente por la jurisdicción contenciosa administrativa y posteriormente declarados nulos algunos artículos de dicho decreto y ordenanza.

En esa ocasión, la sección tercera consideró que, pese al interés que revestía la materia, el caso no permitía crear jurisprudencia al respecto, por cuanto no se apreciaba cuál podría ser el interés general, dejando en la providencia abierta la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador, pero considerando que si se pensaba que el hecho dañino era la promulgación de la ley, esta no podía ser objeto de crítica, por cuanto ella no era susceptible de ser acusada por falta o violación del derecho, y porque correspondía a la esfera del mismo legislador definir si debía concederse alguna indemnización a los particulares que, en dichas condiciones, hubiesen sufrido un daño de tal naturaleza (Consejo de Estado, 2014).

Del mentado fallo, se destaca que eventualmente podría analizarse que la responsabilidad del legislador podía imputarse a título de riesgo excepcional o violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, aunque en todo caso, exigiéndose al menos el asentimiento tácito del legislador en que el daño fuese reparado.

De otra parte, la honorable Corte Constitucional también se ha pronunciado acerca de la responsabilidad por el hecho del legislador. Mediante sentencia C-149 de 1993, se declaró la inexecutable de los artículos 16, 17 y 18 de la ley 6 de 1992, normas que impusieron a los contribuyentes una inversión forzosa de bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI), decisión que tuvo efectos retroactivos, en consideración a que, de no hacerse así, tal cosa supondría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, pues desaparecida la causa que legitime el pago del tributo, se impone la necesidad de su restitución.



En una decisión del Consejo de Estado, tratándose de un caso de la muerte de una mujer en los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia del 6 y 7 de noviembre de 1985, la Sección Tercera, refiriéndose a ese caso, desechó el argumento de la parte demandada para descartar la responsabilidad por el hecho de las leyes, ya que sostenía que el ejercicio de la soberanía no podía relacionarse con daños antijurídicos algunos, de manera que, a juicio de la sala, no era dable hablar de irresponsabilidad del Estado legislador, so pretexto del ejercicio de una función soberana (Consejo de Estado, 2013).

Sin embargo, posteriormente, en sentencia del 25 de agosto de 1998, la sala plena del Consejo de Estado declaró, por primera vez en Colombia, responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6 de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena. Al respecto se dijo:

En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de fecha 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma de dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la Constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar. (...) concluyéndose lo siguiente:

La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño.

El título de imputación que se aplicó lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales, por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó un daño antijurídico, el cual un administrado en particular no tenía el deber de soportar (Consejo de Estado, 1998).

En pronunciamiento de fecha 26 de septiembre de 2002, expediente 20945, se estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez, por medio de la



figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política, extendiera hacia el pasado los efectos de las sentencias de inexecutableidad y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente (Consejo de Estado, 2014).

La sección tercera determinó que, surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inconstitucionalidad de la norma, la pretensión de responsabilidad estaría siempre llamada al fracaso, bajo el argumento de que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutableidad, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos; por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna.

Por otro lado, en auto del 15 de mayo de 2003, expediente 23245, la sección tercera concluyó que la acción de reparación directa era procedente para el análisis de la reparación de daños causados por la aplicación de normas declaradas inexecutableas. Pese a ello, sostuvo en el auto que, aunque la inexecutableidad no obligaba el reconocimiento de lo pedido, debía acreditarse la existencia o claridad de su ocurrencia y su cuantía (Consejo de Estado, 2014).

En sentencia del 12 de junio de 2003, la sección cuarta de esta corporación indicó que los efectos generados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional hacia el futuro, no podían desembocar en perjuicio alguno que pudiera reputarse de antijurídico, pues antes de la sentencia de inexecutableidad, el cumplimiento de la disposición era obligatoria desde su promulgación para todos los habitantes de la nación. Así mismo, argumentó que no era de su competencia modificar el alcance de los efectos fijados en una sentencia de inexecutableidad, so pretexto de ordenar la reparación de los presuntos perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de la ley constitucional (Consejo de Estado, 2012).

Mediante la sentencia C-038 de 2006, la Corte Constitucional reconoció que la responsabilidad del Estado legislador no estaba circunscrita exclusivamente a las hipótesis previstas en la propia Constitución, ni tampoco a los eventos en los cuales se declarara con efectos retroactivos la inexecutableidad de las leyes, pues el fundamento de la responsabilidad radica en la antijuridicidad del daño y no en la actuación ilícita del legislador.



Por su parte, tratándose de tributos de naturaleza administrativa –no legislativa–, una sentencia que resolvió una acción de grupo con fecha 16 de marzo de 2007, expediente 2004-00832, se solicitó el reintegro del cobro del impuesto de telefonía básica conmutada, cuyo tributo fue creado por el municipio de Pereira, mediante el acuerdo No. 51 de 2001. En la decisión se sostuvo que las “autoridades públicas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley. De llegarse a conculcar dicha obligación, se puede causar un daño antijurídico, imputable a la administración bajo el título de falla en el servicio. El deber de indemnizar que surge de tal título no admite excepción alguna, como bien lo ha interpretado la Sala, al aplicar el artículo 90 de la Constitución Política (Consejo de Estado, 2014).

A su turno, en sentencia de 23 de febrero de 2012, expediente 24655, la subsección A de la sección tercera del Consejo de Estado decidió confirmar la sentencia de primera instancia que condenó a la nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al considerar, entre otras cosas, que:

En el sistema jurídico colombiano, el artículo 90 no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexequible o nula –cosa que no está en discusión–, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición, tiene derecho a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción –el ejercicio irregular de su potestad normativa– desplegada por una autoridad pública (Consejo de Estado, 2015).

Afirmar que la relativa libertad de la cual efectivamente precisa la administración para ejercer en forma eficaz sus atribuciones normativas –así se trate de la materia tributaria– ha



de traducirse en su irresponsabilidad por razón de los daños antijurídicos que irroge en el ejercicio de dicha actividad, supondría admitir la existencia de un reducto en el cual uno de los principios más caros a todo Estado de derecho, el de responsabilidad de sus autoridades, no imperaría, en clara contravía del espíritu que irradia por entero la Constitución Política, de cuyos preceptos deriva el indudable sometimiento de todas las autoridades al ordenamiento jurídico, en especial, en cuanto aquí interesa, al artículo 90 constitucional y a su aplicación y al control por parte de los jueces (artículos 1,4, 6, 122-2 y 123-2 de la Carta).

Así mismo, en providencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 24630, la subsección B de la sección tercera de esta corporación indicó que la demandante fue privada de su derecho de acceso a la justicia y además que la legitimación por pasiva podía recaer, a prevención, en el Congreso de la República, en la medida en que, además del ejecutivo, esta autoridad pública también interviene en el proceso de suscripción de tratados y convenios internacionales.

Por último, en sentencias proferidas por la subsección C de la sección tercera de esta corporación, expediente 28221 y 27720 de 24 de abril de 2013, se discutió sobre la responsabilidad del Congreso de la República al haber expedido la Ley 443 de 1998 (carrera administrativa), se hace mención a que el último párrafo del artículo 39 fue declarado inexecutable. En esas providencias, luego de hacer un recuento jurisprudencial, se refirió a los efectos de las sentencias del alto Tribunal Constitucional para concluir que, por regla general, los efectos de las decisiones constitucionales son hacia el futuro en principio, y en los eventos en que el daño se causa por el retiro de la norma y este sea antijurídico, existe una responsabilidad del Estado. Pese a ello, en los casos analizados por la subsección, se observó que no se encontraba acreditado el daño, por cuanto no se demostró el daño ni que con la inexecutable del inciso final del párrafo segundo de la Ley 443 de 1998, se hubiera lesionado el derecho de acceso a la administración de justicia.

Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que



haya daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distingos en cuanto al causante del daño (Corte Constitucional, 2006).

Con respecto al daño antijurídico, como bien se conoce a partir de la Constitución de 1991, el elemento “culpa” dejó de ser el factor fundamental de imputación de responsabilidad del Estado, para entrar a hablar de la tesis del daño antijurídico donde se incluye daños originados por una falla del servicio y daños provenientes de actividades donde no se habla de culpa sino de daño objetivo, en esa noción tan amplia de responsabilidad que trae la Constitución de 1991, la reparación del daño antijurídico radica en la causación de un daño, bien sea por acción u omisión que el particular no está en la obligación jurídica de soportar.

De esta manera, la subsección A de la sección tercera, expediente 26689, de 29 enero de 2014, indicó:

Es posible concluir que en la jurisprudencia de la sala se ha reconocido sin hesitación alguna la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, la cual se sustenta en dos ideas fundamentales: la inclusión de todas las autoridades públicas en el ámbito de aplicación del artículo 90 de la Constitución Política y la existencia de un daño antijurídico (Consejo de Estado, 2014).

Lo cierto es que el derecho colombiano acude a las fuentes doctrinales internacionales con el fin de nutrir el contenido filosófico de las decisiones judiciales, máxime, cuando dichas teorías aplicables en el ordenamiento interno surgen a partir de lineamientos planteados por doctrinantes y juristas de otras naciones. La teoría es puesta en práctica a través de los fallos judiciales, los cuales sí se corresponden inescindiblemente con la realidad jurídica colombiana como se verá en próximos párrafos.

Revisados los fundamentos doctrinales del derecho nacional e internacional aplicados por los órganos de cierre constitucional y contencioso administrativo, se abordará esta modalidad de responsabilidad del Estado como lo es por el hecho del legislador, apuntando a describir la noción que estas corporaciones sostienen, frente al derecho tributario colombiano.



2 CAPÍTULO II. Condiciones para la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador en materia tributaria

El presente capítulo se encargará de evidenciar al entendimiento del lector, los hallazgos obtenidos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del derecho tributario en Colombia. Se hace necesario destacar que, en el capítulo anterior, se abordaron una serie de providencias que, acompañadas con la estructura filosófica ofrecida por la doctrina internacional, sientan el precedente jurídico-dogmático sobre el tópico de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en términos generales. Ahora, será abordado desde la perspectiva del derecho tributario a partir de los instrumentos normativos y jurisprudenciales que hayan tenido lugar en Colombia sobre la materia.

Es preciso dilucidar, en primera medida, que a partir de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tengan ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, un poder constituido, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente (Consejo de Estado, 1995).

Cabe mencionar que, antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición concreta y que expresamente consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado:

La responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen netamente jurisprudencial a partir de la jurisprudencia desarrollada en sus incisos por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente por el Consejo de Estado, con sustento en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado (Corte Constitucional, 2011).

Respecto al aporte de la Corte Suprema de Justicia, este inicia con la sentencia de octubre 22 de 1896, donde se consideraba que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a



los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. Con esta decisión se evidencian las modalidades concretas: La responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la falla en el servicio, que acogerá posteriormente la jurisprudencia contencioso administrativa (Corte Constitucional, 2011).

A partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones resarcitorias que inicien contra las instituciones públicas (Corte Constitucional, 2002).

Como se estudió en párrafos anteriores, actualmente se sostienen como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico, ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas, y iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal. Fue a instancias del constituyente de 1991 que, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

Encontrando su fundamento jurídico,

[E]l principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, se configura cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: Un daño antijurídico que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado” (Luis Fernando, 2018).

Esta premisa se presenta cuando la administración pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que este sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima



no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a conducta negligente (Corte Constitucional, 1996).

La responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, constituye, entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas. Habida cuenta que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos, pues también los particulares asumen en él una serie de obligaciones y tareas que antes cumplían de manera excluyente las autoridades públicas.

En el evento específico de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, a diferencia de lo que ocurre con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de contenido general, la jurisprudencia de la corporación se ha construido a partir de dos consideraciones íntimamente relacionadas: la de las situaciones jurídicas consolidadas, en virtud de la presunción de constitucionalidad de las leyes y la de los efectos de la sentencia de inexequibilidad proferida por la Corte Constitucional.

El 25 de agosto de 1998, la sala plena del Consejo de Estado declaró, por primera vez en Colombia, responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora por la aplicación de la Ley 6 de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena, concluyó: “La responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño. El tipo de imputación que se aplicó lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y presidente de la República), por medio de la celebración de un contrato internacional y su aprobación.

El actual mandato constitucional es no solo imperativo, comoquiera que ordena al Estado responder, y establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, pero el art. 90 no contempla ese mismo concepto para el hecho como una de las formas de responsabilidad.



Como se mencionó en párrafos anteriores, en 2002 el Consejo de Estado estudió la posibilidad de imputar la responsabilidad al legislador en los eventos en los cuales se causara un daño como consecuencia de los efectos generados por una norma declarada inexecutable. La sentencia en cuestión analizó si era posible que el juez, por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Carta Política, extendiera hacia el pasado los efectos de la sentencia de inexecutable y reconociera los perjuicios causados por la normatividad mientras estuvo vigente.

Indicó además que este tipo de responsabilidad estaría llamada al fracaso, bajo el argumento de que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutable, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos y, por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna (Consejo de Estado, 2007).

Es así como el Consejo de Estado ha estudiado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la nación, por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas inconstitucionales en materia tributaria, pues este debe responder por los daños ocasionados por aquellas, aunque no sea el legislador el directo ejecutor de la ley, pues la responsabilidad y la imputación se hace a quien crea y expide la norma contraria al ordenamiento y no quien la hace cumplir, en este caso la DIAN, toda vez que el recaudador no es más que un agente del Estado que obra de buena fe y que se encarga de hacer cumplir la ley.

Como la falla en el servicio en la función legislativa es la que da origen a la reparación, no puede recargarse la responsabilidad en el recaudador e imponer a este el deber de reparar, por cuanto se confundiría la reparación con la restitución. La reparación corresponde a quien se le imputa el daño, se deben distinguir las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y, por otro lado, la responsabilidad que surge en cabeza del legislador como causante de un daño por la falla en su actividad. Estas situaciones jurídicamente son independientes y autónomas.

En términos del Consejo de Estado puede también ventilarse esta controversia en sede de reparación directa en contra de actos administrativos; sin embargo, para el alto tribunal es menester que se reúnan fundamentalmente las siguientes condiciones: i) que se trate de



un acto administrativo legal, esto es, que se trate de una actuación legítima de la administración; ii) que se acredite que la carga impuesta al administrado sea anormal o desmesurada (rompimiento de la igualdad de las cargas públicas o violación de la justicia distributiva).

Con base en lo anterior, se puede concluir que la procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que es la que corresponde (Consejo de Estado, 2004).

En cambio, cuando el acto administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico y, no obstante, causa un daño, ese daño solo comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando de él pueda predicarse el carácter antijurídico, el cual resulta de la demostración del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, que el acto ha causado a alguno o algunos de los administrados, demostración que debe tener lugar en el ámbito de una acción de reparación directa. Es decir, que frente a un vicio de ilegalidad en el acto administrativo no es viable intentar la acción de reparación directa para obtener la indemnización del perjuicio causado, por el acto administrativo, dado que en ese evento la imputación de responsabilidad no se hace por un daño especial que tiene fundamento estructural la legalidad de la conducta con la cual se causa, sino la carga nociva del acto.

Se afirma entonces que es legalmente necesario –una vez declarado que el efecto de la sentencia estime por el amparo a los derechos patrimoniales de los contribuyentes– la devolución de los dineros recaudados en cabeza de la DIAN, pues el Estado no se puede quedar con los dineros percibidos por concepto de tributos que fueron declarados mediante normas inexecutable, pues al ser estas declaradas inconstitucionales el origen legal con que nacieron nunca existió y por tal motivo la obligación exigida a ese grupo de contribuyentes también fue ilegal, siendo obligación su devolución y el reconocimiento de intereses por el



tiempo en que ese patrimonio dejó de estar bajo la guarda, ejecución y liquidez económica de esos contribuyentes.

Siendo peligroso para el Estado que si estos pronunciamientos no se dan en la declaratoria de inconstitucionalidad y nulidad de la norma respectivamente, donde el legislador determine los efectos de sus fallos *ex nunc* o *ex tunc*, evitando de esta forma que se le endilgue un enriquecimiento sin causa, pues ese pago de tributo generó un crecimiento correlativo e injustificado en el fisco por parte de cada uno de los contribuyentes de tributos o tasas declaradas inconstitucionales, dineros que fueron consignados a cuentas estatales en cabeza de la DIAN, entidad receptora de tasas y tributos a costa del empobrecimiento de los lesionados por esas normas declaradas inconstitucionales.

Se hace necesario sustentar el defecto presentado por la juridicidad del daño, derivado de la obligación que tenía el contribuyente de pagar el tributo creado por la norma, mientras la misma estuviera vigente. Diferenciando dentro de la sustentación de la demanda a) la creación del daño por la falla del servicio por el hecho del legislador, b) la consolidación del daño, y c) la creación de la antijuridicidad del daño, además de las ordinarias de la responsabilidad estatal: nexo causal, daño antijurídico y la imputación de la conducta a un agente estatal.

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias y efectos de las sentencias de constitucionalidad hacia el futuro, existen también argumentos jurídicos que permiten concretar la responsabilidad del Estado legislador de manera distinta, desde el punto de vista constitucional; sin embargo, tales apreciaciones se realizarán posteriormente en otro capítulo de la presente investigación.

2.1 Tipo de responsabilidad patrimonial del Estado gestada por el hecho del legislador en Colombia: alcance en el derecho tributario

La responsabilidad estatal para el caso colombiano necesariamente se desprende del artículo 90 de la Constitución Política y, asimismo, se traduce en la oportunidad con la que cuenta el interesado de demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo aquella situación que por acción u omisión de la administración le causó un daño.

Resulta bastante curioso que al tratarse de la expresión soberana del pueblo emanada de la forma democrática en cabeza del Congreso de la República, pueda predicarse algún tipo



de falla por parte del Estado; sin embargo, esta no se deriva de una actividad propia de la rama ejecutiva del poder público, así como la ley no es considerada un acto administrativo precisamente por su naturaleza impersonal, abstracta, genérica, así como por la forma en la que fue concebida por el Constituyente de 1991.

Se destaca que la Ley 1437 de 2011 es actualmente el estatuto procedimental y procesal que regula de manera genérica las actuaciones judiciales dirigidas en contra de cualquier autoridad pública o privada que ejerza funciones públicas y, por lo tanto, se debe apelar a su marco legislativo en razón a que son los medios de control, la vía judicial procedente para pretender la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

De todos los medios de control, sobre los que no resulta necesario ahondar en su totalidad, la naturaleza del de reparación directa, ofrece la alternativa más aproximada que permita concebir la imputación dada a este tipo de responsabilidad, teniendo en cuenta que se daría por la presunta falla en el servicio por el hecho del legislador:

Cuando la ley que cause el daño antijurídico sea inconstitucional, el título jurídico de imputación del daño será la falla del servicio, por cuanto en este caso existe una violación al contenido obligacional que tiene el legislador de dictar leyes ajustadas a la constitución (Arenas Uribe & Jiménez Uscátegui, 2001).

Pero es necesario advertir que no toda violación al contenido obligacional impuesta al Estado es fuente de responsabilidad, el contenido de falla en el servicio es relativo; tiene en cuenta que no se está ante un Estado ideal, de lo cual se desprende que en cada caso es necesario establecer cuál es el servicio que normalmente se espera, según las circunstancias específicas que lo rodean.

Por otro lado, cabe mencionarse que el Estado al incumplir con sus obligaciones, incurre en una falta anónima no predicable de un funcionario en particular, sino imputable a la actividad pública causante del perjuicio, en consecuencia cuando se alega responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, no es necesario demostrar una acción u omisión de un agente determinado, en los casos en los que es posible imputarle una falla a un agente en concreto y el daño sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un



agente conforme al artículo 90 de la Constitución, el Estado deberá repetir contra dicho agente (Corte Constitucional, 2002).

A pesar de la característica mencionada, no se debe olvidar que el Estado siempre actúa a través de sus agentes; por lo tanto, a pesar de no ser necesaria su identificación como requisito para declarar la responsabilidad por falla del servicio,

sí es indispensable que la actuación que dio origen al perjuicio se encuentre vinculado al servicio cuestionado; sin embargo, este aspecto no es de fácil determinación de ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan señalado que entre la culpa personal del funcionario y el servicio pueden existir nexos tanto perceptibles como imperceptibles (Arenas Uribe & Jiménez Uscátegui, 2001).

Dicha noción debe ser tenida en cuenta en determinados escenarios de importancia absoluta como lo es la regulación tributaria, cuya legislación comporta la estructura de recaudo y gran parte de la forma de sostenibilidad del Estado en cuya función pueden verse afectados, tanto entidades públicas como contribuyentes de naturaleza privada.

La falla en el servicio constituida por la violación del contenido obligacional del Estado legislador, aunque no es óbice para que el Consejo de Estado siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento, resulta ser un elemento de vital importancia razón por la cual el afectado al momento de pretender una indemnización debe probar la ocurrencia de dicha falla, pues en caso de que no lo haga en los casos de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas tributarias que en su vigencia exigió una obligación para esos contribuyentes del pago de tributos, las pretensiones no tendrán vocación de prosperidad.

De no verificarse probados en la demanda el hecho generador del daño, las pretensiones serán desechadas y no lograrán la indemnización de los daños irrogados. Es un requisito muy exigente, pues se reclama hechos tradicionalmente por la jurisprudencia, que el actor suministre la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el demandante no solo debe probar cómo se produjeron los que supone constitutivos de la falla, sino las



circunstancias que hacen posible su refrendación y verificación irrefutable de ocurrencia (Corte Constitucional, 2019).

Ilústrese el daño sufrido por los ciudadanos que se vieron compelidos a pagar el impuesto creado por una norma posteriormente excluida del sistema jurídico por virtud de decisión judicial, como fueron los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la tasa especial de servicios aduaneros TESA, mediante la sentencia C-992 de 2001 (Corte Constitucional, 2001) es sin duda alguna antijurídico, como quiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a derecho de su potestad normativa.

Tal circunstancia abre la procedencia de la instauración de la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, con independencia de que se hubieren iniciado e incluso decidido ya procesos judiciales como resultado de los cuales se hubiere declarado conforme a derecho –antes de proferido el fallo de inconstitucionalidad o de nulidad de la norma general que establecía la correspondiente carga impositiva– la negativa de la administración a devolver al “contribuyente” lo que este indebidamente pagó, pues es un escenario –el de la legalidad de un acto administrativo– se produjo tanto la decisión administrativa enjuiciada como el pronunciamiento que avaló su juridicidad y en otro completamente distinto debe desatarse la cuestión relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de la causación de daños antijurídicos.

Asimismo, varios de los principios constitucionales y legales, entre ellos los de igualdad, buena fe, tutela de la confianza legítima y seguridad jurídica, respaldan la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que cause como consecuencia de la eficacia de normas generales –legales y/o reglamentarias– que inconstitucional o ilegalmente crean obligaciones tributarias y, por tal razón, son expulsadas del ordenamiento jurídico por decisión con efectos *erga omnes* emanada del juez competente.

Como la falla en el servicio en la función legislativa es la que da origen a la reparación, no puede recargarse la responsabilidad en el recaudador e imponer a este el deber de reparar, por cuanto se confundiría la reparación con la restitución. La reparación corresponde a quien se le imputa el daño.



Se debe distinguir, por un lado, las situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y, por otro, la responsabilidad que surge en cabeza del legislador como causante de un daño por la falla en su actividad. Estas situaciones jurídicas son independientes y autónomas.

Los daños originados por omisión del legislador o por su actividad, cuando una ley es declarada inexecutable, deben ser reparados, sin consideración por los efectos del fallo de constitucionalidad que retira la norma del ordenamiento. Tales daños son antijurídicos y ameritan la reparación integral, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998. La responsabilidad en esas circunstancias nada tiene que ver con que la decisión de inexecutable tenga efectos *ex nunc* o *ex tunc* (Corte Constitucional, 2016).

A pesar de que las normas son amparadas por la presunción de constitucionalidad, esto es, se reputaban válidas, generan un daño antijurídico porque nacieron viciadas de inconstitucionalidad, siendo argumento en las distintas demandas de la parte actora, confirmando que el tributo nunca tuvo fundamento constitucional, y que la falla en el servicio legislativo se da porque el Congreso no cumplió con los requisitos constitucionales para la creación de este tipo de gravámenes.

Como la falla en el servicio en la función legislativa es la que da origen a la reparación, no puede recargarse la responsabilidad en el recaudador e imponer a este el deber de reparar, por cuanto se confundiría la reparación con la restitución. La reparación corresponde a quien se le imputa el daño.

Se halla, entonces, el actor en una contienda tradicional donde le incumbe probar el hecho alegado, en el caso que le ocupa, el daño patrimonial antijurídico, así como el nexo de causalidad atribuible en todo caso a la falla del servicio generada por el legislador al desbordar y/o quebrantar la función legislativa directamente violatoria de la Constitución.

En tal sentido, resulta imperioso dedicar algunas líneas del presente trabajo investigativo a ofrecer un marco sencillo y práctico para la eventual acreditación ante el fallador, tanto del daño patrimonial antijurídico como del nexo de causalidad.



2.2 *Acreditación del daño patrimonial antijurídico y su nexa causal de la conducta del legislador en materia tributaria por normas declaradas inexecutable*

El medio de control de reparación directa consagrado en la Ley 1437 de 2011 se rige bajo el esquema similar de la denominada responsabilidad civil extracontractual, como se señaló en párrafos anteriores. En materia de lo contencioso administrativo, será a través de este medio de control que se ventilará el debate jurídico en el marco de la falla en el servicio.

Recuérdese al respecto lo señalado por el Consejo de Estado en materia de lo contencioso administrativo dentro del medio de control de reparación directa:

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación. Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración (Consejo de Estado, 2011).

Aunque el daño antijurídico no tiene definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, sus alcances pueden desarrollarse dentro de ciertos límites señalados por el legislador. Sin embargo, una interpretación sistemática de la carta y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto.

Desde el punto de vista histórico, los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución Española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (Montaña Plata, 2005).



Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, que no representa un mecanismo sancionatorio. La indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es dispositivo que se funda en la posición de la víctima, pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que esta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello, puede haber daño antijurídico sin que exista culpa de la autoridad o falla en el servicio real o supuesto.

La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico, no como aquel que es producto de una actividad ilícita, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Asamblea Constituyente señaló sobre este tema:

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se eleva a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en el orden jurídico nacional: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables, y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios (Corte Constitucional, 2000).

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías, y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que él es presupuesto de la responsabilidad entre particulares (Corte Constitucional, 1996).

Esta figura, tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo (Ramírez, 1991).



Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en el país. Así, en múltiples oportunidades, el tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar” (Consejo de Estado, 2011), por lo cual se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo; por consiguiente, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva (Consejo de Estado, 1993).

El carácter antijurídico está en el hecho de que quien lo sufre no está en el deber jurídico de soportarlo como podría predicarse del daño, dicho sea de paso, o la afectación que podría materializarse en quien haya gestado las condiciones que dieron origen al daño y en cuyo caso estaría padeciendo las consecuencias de su propia culpa o dolo.

Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración (Corte Constitucional, 2001). Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares.

Por ello, el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública (Corte Constitucional, 1996).



La concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico, incluso originado en una actividad lícita del Estado, armoniza además con el principio de solidaridad contemplado en el artículo 1, y de igualdad en el artículo 13 de la Constitución, que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.

En tal sentido, si la administración ejecuta una obra legítima de interés general, pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de una obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas, pues quienes han sufrido tal daño, no tienen por qué soportarlo, por lo cual este debe ser asumido solidariamente por los coasociados por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado.

Se trata del concepto retomado del Consejo de Estado por parte de la Corte Constitucional, al delimitarlo como un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado, no por la persona, sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado (Corte Constitucional, 1996).

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta de los autos sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual este se reputa indemnizable. Esto significa en términos prácticos que no todo perjuicio causado debe ser reparado porque puede no ser antijurídico y, para saberlo, será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada, pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte



coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño:

Es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris* además de la *imputatio facti* (Consejo de Estado, 2011).

En síntesis, el anterior análisis lleva a la Corte a compartir las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero del artículo 90 de la Carta Política, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase contractual o extracontractual o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar (Corte Constitucional, 1996).

La diferencia estriba, entonces, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal (Consejo de Estado, 1995).

El problema radicará, en consecuencia, en que el intérprete puede considerar que lo estipulado en la norma son los únicos elementos para reclamarlo, lo que genera interrogantes, pues ello implica potencialmente una reducción del alcance del artículo 90 de la Carta en el ámbito contractual y extracontractual, toda vez que, si bien toda actuación antijurídica del Estado que provoca un perjuicio a un particular implica la existencia de un daño antijurídico indemnizable, lo cierto es que, como ya se analizó, no todo daño antijurídico supone una conducta antijurídica de la administración, ya que esta puede ser legítima.

Pero esa antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño) a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos, que despliega su operatividad postulando la



cobertura del daño causado en tanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.

Este es un concepto “antijurídico” que califica las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de la administración. Así, en primer término, esa cláusula del artículo 90 de la Constitución, cobija tanto a la responsabilidad extracontractual como la contractual del Estado y, por consiguiente, es lema de la reglamentación legal del tema de la contratación pública, estatal u oficial. Es evidente que la causación de un daño no ocurre solo como lo determina ese postulado normativo, sino que sucede también por la extralimitación en el ejercicio de las funciones, por la infracción de la Constitución y las leyes, así como por el ejercicio legítimo de las potestades constitucionales y legales, puesto que se lesiona la cláusula de igual protección o de igual tratamiento contenida en el artículo 13 constitucional. Esto le permite determinar los alcances del daño antijurídico en los siguientes términos:

La antijuridicidad deviene de un comportamiento contrario a derecho o no conforme a la norma, a la legalidad *latu sensu*, y si el daño antijurídico se refiere el artículo en comento no puede entenderse que desplazó de un tajo la imputación subjetiva pública entendida como autoridad, ni la causalidad ontológica por acción u omisión (Corte Constitucional, 1996).

Así las cosas, el artículo 90 de la Constitución Política no desplaza el soporte de la responsabilidad estatal del concepto de la antijuridicidad de la actitud del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producida por ella, sin desconocer que para que prospere la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción del Estado, sino que es necesario, además de su antijuridicidad, la imputación al órgano estatal mediante sus operaciones por acción, extralimitación u omisiones de funciones para hallarnos ante el deber jurídico de indemnizar.

Se colige entonces que el artículo no hace otra cosa que regular en forma detallada las hipótesis en las que se puede ver comprometida la responsabilidad de la administración, por “actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones”, que contribuyen a precisar lo estatuido en la Constitución, corroborando la necesidad de comprobar la



imputación del daño antijurídico al comportamiento del Estado, para facilitar la correspondiente indemnización de perjuicios (Corte Constitucional, 1996).

En efecto, el tributo implica un daño jurídico para sus sujetos pasivos, circunstancia que no es solo admitida por la Constitución, sino que es esencial para la existencia del Estado, pues este no podría existir de no ser por la fuente de financiación tributaria, pues si bien la norma es disminuir el patrimonio del sujeto pasivo de la obligación tributaria, esa afectación se da precisamente porque el ordenamiento jurídico así lo autoriza.

Cosa distinta es que este daño no pueda tener el carácter antijurídico, pues la disminución patrimonial se explica por el deber de que trata el artículo 95 de la Constitución Política, referente a que todos los particulares tienen la obligación de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los límites de la justicia y equidad.

A través de dicho ejercicio reflexivo, es posible aterrizar la afirmación en que los daños originados por omisión del legislador o por su actividad, cuando una ley es declarada inexecutable, deben ser reparados, sin consideración por los efectos del fallo de inconstitucionalidad que retira la norma del ordenamiento. Tales daños son antijurídicos y ameritan la reparación íntegra, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Si una ley tributaria nace a la vida jurídica viciada de inconstitucionalidad, desde ese instante se elimina el deber jurídico de soportar el daño sufrido por los contribuyentes, siendo necesario distinguir, por un lado, el momento de la inexecutable de la norma, entendiéndose el instante desde el cual la ley no se puede seguir ejecutando y, por otro lado, el momento en que se produjo el daño antijurídico para el contribuyente (Consejo de Estado, 2016).

Por lo anterior, es necesario distinguir, por un lado, el momento de la inexecutable de los artículos declarados inexecutable, entendiéndose como el instante desde el cual la ley no se puede seguir ejecutando y, por el otro, el momento en que se produjo el daño antijurídico para los contribuyentes.

En todo caso, el resultado indiscutible radica en que la DIAN tiene la competencia del recaudo, fiscalización, liquidación y devolución de los tributos del orden nacional;



asimismo, que los recursos ingresan al patrimonio de la nación y que aquellos se destinan al presupuesto general nacional. En consecuencia, la DIAN es una entidad estatal, es decir, el mismo Estado, y el titular de tales rentas también es el Estado, concretamente, la persona jurídica: la nación.

Legalmente, las obligaciones señaladas en cabeza del ente fiscal del Estado respecto del tributo desechado del ordenamiento jurídico, serán jurídicamente respaldadas hasta tanto el mismo Estado, en cabeza de la rama judicial, determine la vulneración de la Carta Superior y, en consecuencia, aniquile la norma del sistema jurídico, en cuyo caso, surgirán, o no, los elementos constitutivos de la responsabilidad a partir de aspectos puntuales como los efectos de las sentencias.

Tales efectos serán necesariamente fijados en la sentencia puntual. Sin lugar a dudas, corresponden al análisis desplegado por el fallador que, como es sabido, se le atribuye por mandato superior a la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y titular de la actividad del control concreto de constitucionalidad de las leyes que puedan hallarse en contravía de algún postulado suprallegal.

Corolario de lo anterior, resulta imperioso abarcar el análisis de los efectos en los que puede concederse un fallo de dicha naturaleza: *ex nunc*, como regla general de efectos hacia futuro, o *ex tunc*, de inexecutable a partir del fallo, pero cuyos efectos son retroactivos y modificatorios de las relaciones jurídicas surtidas en vigencia de la norma atacada.



3 CAPÍTULO III. Consecuencias de los efectos jurídicos de las sentencias de constitucionalidad en materia tributaria de cara a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador

El término inexecutable dentro del ordenamiento jurídico colombiano comporta la connotación de que, por mandato de la Corte Constitucional, las autoridades públicas y los particulares se abstengan o interrumpan la aplicación de los efectos jurídicos que determinada norma representaba, como consecuencia de ser vencida dentro del control concreto de constitucionalidad realizado por la Corte.

Se trata entonces de una orden sobre lo que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, ni cumplir ni ejecutar.

La declaratoria de inexecutable proferida por la Corte Constitucional es una orden para que ni las autoridades estatales ni los particulares la apliquen o, en otros casos, una facultad para que dejen de aplicarla. Es decir, es la de restarle efectos a la disposición inconstitucional. Adicionalmente, contiene implícita otra orden en aquellos casos en que sea resultado de una confrontación del contenido material de la norma con la Constitución: la prohibición al legislador de reproducir la disposición declarada inexecutable. La decisión adoptada por la Corte es la de sacarla del ordenamiento jurídico, de tal modo que no siga surtiendo efectos hacia futuro, independientemente de que, mediante una ficción jurídica, en ocasiones excepcionales, la Corte profiera una decisión retroactiva o difiera sus efectos hacia futuro (Corte Constitucional, 2001).

Cuando se produce una sentencia de tal naturaleza, se dispone que lo ejecutable hasta entonces no se puede seguir ejecutando, en razón de haberse comprobado una contradicción con la norma fundamental. Antes de la sentencia de inexecutable, el precepto normativo demandado tendría la vocación de ejecutarse porque, en abstracto, debe considerársele acorde con la Constitución.

Dicho sea de paso, sin embargo, que existen ciertos casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas que el órgano público correspondiente se encuentra facultado declarar su inaplicabilidad por vía de la llamada excepción de inconstitucionalidad. En tal hipótesis, la declaración tiene un efecto limitado al caso, por lo cual subsiste la presunción



general de constitucionalidad, de la cual se deriva la continuidad de la vigencia del precepto, a pesar de su no aplicación a un caso concreto.

Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la Constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo:

Que la Constitución no solo quiere la validez de la ley constitucional, sino también en cierto sentido la validez de la última. El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deber ser producidas en una forma determinada, sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido al prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un Tribunal Constitucional, en un procedimiento regulado por la Constitución (Schmill, 2008).

Así las cosas, los efectos de la inexecutable y de la derogatoria producen disidencias sustanciales que no acarrear ninguna equiparación: la norma derogada tiene vocación de ser aplicada con posterioridad a su derogatoria, de cara a las situaciones creadas bajo su vigencia completamente legítima. De este fenómeno de ultraactividad de la ley en algunos escenarios específicos no es el resultado de un ejercicio caprichoso, sino una adecuación necesaria con el fin de salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico, evitar la aparición de vacíos de mayor envergadura y que pudieren resultar aún más nocivos, incluso, que la vigencia de la normatividad derogada.

En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexecutable es más amplio que el de la derogatoria porque, desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y, por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerársela para lo sucesivo como si no hubiera existido. Hacia el pasado y, por razón antes apuntada, de la validez que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquella también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas constituidas y, en mayor medida las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la cosa juzgada (Galindo, 2006).



Siendo la diferencia de efectos entre la declaratoria de nulidad y la de la inexecutable, la que da la claridad, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio, la declaratoria de la inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma antinorma, de donde se deriva que la sentencia de inexecutable no implica el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad (Corte Constitucional, 2003).

Cuando se trata de normas tributarias declaradas inexecutables por la honorable Corte Constitucional, según la doctrina y la jurisprudencia, tiene por regla general efectos *ex nunc*, atendiendo al artículo 45 de la ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia, el cual señala, en relación con las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro, a menos que la corte resuelva lo contrario.

La Corte, como se explicó anteriormente, se halla facultada para determinar en cada caso el efecto de tales sentencias, estos efectos no pueden independientemente del poder otorgado a la Corte ser violatorios de otros derechos, pues es a la Corte Constitucional a la que le asiste el deber de control legal integral de constitucionalidad. En tal sentido, se considera que se materializa su deber de pronunciarse no solo por la inexecutable, sino frente a los demás derechos amparados para los contribuyentes, quienes se vieron afectados por la obligación patrimonial impuesta por ese tributo, asistiéndole a los mismos el derecho de acudir ante un juez administrativo para pedir la reparación del daño ocasionado en razón de la inexecutable de la norma.

Asimismo, debe partirse del hecho de que la solicitud referida en las pretensiones del accionante no responde o no se halla encaminada a que se restituya la situación al estado de cosas anterior, sino para que se proceda a la respectiva indemnización por el daño causado.

Cabe decir que la Corte ha manifestado en las sentencias C-531 de noviembre de 1995, C-969 de 1 de diciembre de 1999, las siguientes precisiones al respecto:



Así las cosas, desaparecida la norma que sirvió de fundamento para expedir los decretos acusados, resulta apenas obvio que aquellos deben correr igual suerte, por desaparición sobreviniente de la norma. En estos casos, se continúa con los efectos *ex nunc* (hacia el futuro) (Corte Constitucional, 1995).

La Corte asimismo reitera que en materia tributaria no se está ante un decaimiento del acto administrativo, sino de ausencia de objeto en su nacimiento, atendiendo al efecto retroactivo de las dos sentencias antes referenciadas que, al respecto, resultan en sus efectos equivalentes a las sentencias de nulidad y que, por lo mismo, procede aplicar las mismas consecuencias que la jurisdicción contenciosa administrativa le reconoce a estas, esto es, que el acto anulado se tiene como si nunca hubiera existido y, en consecuencia, las cosas vuelven a su estado anterior, pero en el caso expuesto del impuesto de TESA, implicaría ir más allá de esas declaraciones en los fallos y ordenar una indemnización.

En tal sentido, la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad de la sentencia que la declara inexecutable, toda vez que solo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha. Luego, las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no. En ese orden de ideas, cuando se extienden los efectos de la desaparición de una norma *ex nunc*, se presenta el fenómeno de la prospectividad de la misma, es decir, que sigue produciendo efectos en el tiempo respecto de los hechos ocurridos bajo su vigencia, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable.

De lo contrario, no se estaría entonces ante efectos *ex nunc* de la inexecutableidad, sino de efectos *ex tunc*, es decir, la inexecutableidad de la norma se daría desde su nacimiento y, por ende, se habría de tener como si no hubiera existido, evento en el cual sí sería viable contar la circunstancia de que estén o no consolidadas las situaciones jurídicas surgidas bajo su amparo.

Por lo tanto, cuando los efectos jurídicos son *ex nunc*, es menester distinguir dos momentos de la norma, el anterior a la sentencia ejecutoriada, durante el cual se le



debe tener como vigente y por ende ejecutable o aplicable a los hechos ocurridos durante su vigencia; y el posterior, en el cual no se puede seguir ejecutando o aplicando a los nuevos hechos que eran subsumibles en ella, atendiendo la noción gramatical de la palabra inexecutable, por consiguiente queda excluida del mundo jurídico (Consejo de Estado, 2012).

Así se evidencia la diferencia entre de la inexecutable de determinada ley respecto de la nulidad de los actos administrativos, pues esta última, por regla general, sí sostiene efectos *ex tunc*, es decir, retrotrae la situación jurídica anterior a la expedición del acto administrativo anulado, comportando la necesidad de aniquilarlo desde su expedición, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas. Si se hiciera la misma concepción del efecto *ex nunc* propio de la inexecutable, este no sería tal, sino que resultaría siendo *ex tunc*, y desaparecería toda diferencia entre inexecutable y nulidad. Por eso el efecto retroactivo de la inexecutable es excepcional y, por lo mismo, requiere pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional que así lo señale.

Ahora bien, es preciso también atender las consideraciones de la sección cuarta del Consejo de Estado, cuando precisa que en materia tributaria no puede hablarse de derechos adquiridos, en cuanto se trata de una figura del derecho privado, pero sí se presentan situaciones consolidadas “por estar la conducta del contribuyente desarrollado bajo el supuesto legal y, como tal, amparada legalmente para producir todos sus efectos” (DIAN, 2002).

Analizada la diferenciación material entre nulidad, inexecutable y excepción por inconstitucionalidad, es menester aterrizar dichas apreciaciones a la tasación de los daños y perjuicios en materia tributaria, toda vez que si bien el contenido de la sentencia de inexecutable acredita la falla del servicio por una defectuosa actividad legislativa, se hace necesario demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad, entre ellos, el daño antijurídico sobre el cual versará la motivación para la declaratoria de la responsabilidad, así como de él se desprende la condena a imponer a título de reparación.



3.1 *Obligación de acreditación y tasación del daño antijurídico en materia tributaria*

El daño antijurídico no tiene definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados dentro de ciertos límites por el legislador. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Carta Política y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto.

Pues bien, el daño antijurídico se entiende como la lesión al patrimonio de los contribuyentes que para el tributo de TESA desarrollado a lo largo del presente escrito, constituye la afectación al bien jurídico tutelado que la víctima no está obligada de resistir, en razón a que es ilegítimo e injustificado, y es por eso que se le habilita al perjudicado pedir la indemnización de perjuicios.

No existe discusión en cuanto a que toda norma que impone tributos, verbigracia TESA, causa un daño o disminución patrimonial del contribuyente, pero este *daño* no puede tener el carácter de antijurídico de forma irrefutable ni generalizada, pues si bien el efecto de la norma es disminuir el patrimonio del sujeto pasivo de la obligación tributaria, esa afectación se da precisamente porque el ordenamiento jurídico así lo autoriza.

En función del análisis realizado sobre el daño antijurídico y de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de causalidad entre el daño antijurídico causado entre el hecho generador del daño y el perjuicio o daño causado debe hallarse asimismo acreditado. Por consiguiente, ha de verificarse una erogación a favor del Estado como consecuencia de la norma tributaria y que, a la postre de su supresión del ordenamiento jurídico, el sujeto pasivo se halle habilitado para reclamar tal indemnización.

Por lo anterior, el contribuyente está obligado a la carga probatoria para demostrar la lesión a su patrimonio, en virtud de la cual parte de su capital fue destinado al pago de esos tributos que desde su nacimiento fueron ilegales, al igual que el daño emergente y el lucro cesante, aclarándose una vez más, que el criterio generador del injusto patrimonial recae precisamente en la decisión que determine si la norma tributaria nació a la vida jurídica o no.



3.2 *Devolución de tributos recaudados por normas declaradas inexecutable*

Para desarrollar este punto, vale la pena recordar las diferencias entre impuesto y tasa, pues de ello depende, en gran medida, que se pueda o no estar en presencia de una situación jurídica consolidada. Al respecto, la sección cuarta del Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

En este orden de ideas, los impuestos, son aquellos tributos que cumplen las siguientes características, a saber:

1. Son generales, lo cual significa que se cobran indiscriminadamente a quienes se encuentren dentro del hecho generador y no a un grupo social, profesional o económico determinado.
2. Son obligatorios.
3. No conllevan contra prestación directa e inmediata.
4. El Estado dispone de estos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos, por lo tanto, van a las arcas generales, para atender los servicios y necesidades públicas.
5. La capacidad económica del contribuyente es un principio de justicia y equidad que debe ir implícito en la ley que lo crea, sin que pierda el carácter general (Consejo de Estado, 2005).

Ahora bien, se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: El Estado cobra un valor por un bien o servicio ofrecido. Este guarda relación directa con los servicios derivados. El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio. El precio cubre los costos en que incurre la entidad para prestar el servicio, incluyendo los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión. Pueden involucrarse criterios distributivos, por lo que, en materia de tasas, no puede existir una situación jurídica consolidada si el particular paga y no recibe el servicio que caracteriza a las tasas, siendo un elemento fundamental de este tipo de tributo, distinto al impuesto.

Sin duda, el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992, y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas



por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad, la Corte Constitucional encontró que, al momento de proferir el fallo, la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudado; por lo tanto, la única manera de realizar la “justicia querida por el constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el fisco. Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo, esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución, siendo primariamente una de las maneras de resarcir a los contribuyentes de tributos la devolución de los mismos con sus intereses respectivos.

Cabe entonces, la posibilidad de solicitar la devolución de lo indebidamente pagado en aplicación de unas normas que eran inconstitucionales, que cuando se pagó el valor de la tasa en cuestión, la norma estaba vigente, como sucede con los artículos 56 y 57 de la Ley 633 del 2000, por cuanto no había sido declarada inexecutable y el ordenamiento jurídico permitía plantear la reclamación para obtener la devolución de lo pagado, que por demás obedece a claros principios de justicia y equidad.

La creación de una tasa debe venir acompañada por la identificación en la propia ley, del servicio a la que la misma corresponde y por cuya utilización serán gravados los contribuyentes. Cumplido ese requisito consustancial al concepto mismo de tasa, la Constitución no exige que para la fijación de la tarifa por el legislador se hagan explícitos, en la propia ley, los criterios que se tuvieron en cuenta para el efecto. Tal exigencia solo resulta aplicable cuando se permita que la tarifa sea fijada por las autoridades administrativas, caso en el cual la ley deberá establecer el método y el sistema para definir los costos y la forma de hacer su reparto.

Se trata de una garantía del principio de legalidad del tributo, conforme a la cual si bien, de manera excepcional y en atención a la complejidad que en ocasiones reviste el establecimiento de las tarifas para tasas o contribuciones, se permite que dichas tarifas sean fijadas por las autoridades administrativas, se exige, en todo caso, que el sistema y el



método para definir los costos o los beneficios, así como la forma de hacer su reparto se fijen por ley, o las ordenanzas o los acuerdos.

Continuando con el caso práctico planteado de la TESA, el legislador señaló que la tasa correspondía a los servicios aduaneros, pero no determinó el contenido de los mismos ni la manera como el gravamen se vincula a ellos (Corte Constitucional, 2001). La tarifa no se establece en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente, en relación con el valor del bien importado. Tal indeterminación conduce a borrar frontera entre tasa e impuesto, y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimile a un impuesto sobre las importaciones, caso en el cual su destinación especial resultaría contraria a la Constitución, así como lo señaló la sentencia C-992 de 2001 precitada.

Siguiendo el mismo orden de ideas, para la liquidación de perjuicios materiales causados a los contribuyentes, para el ejemplo mencionado, debe liquidarse para la devolución de esos dineros durante el tiempo en que estuvo vigente en el ordenamiento jurídico, por concepto del tributo irregularmente creado, sumas que deben ser actualizadas desde el mes en el cual se produjo el pago de cada una de ellas y hasta la fecha de la decisión.

Aclárese que no está llamada a realizarse como una simple devolución, también debe hacerse a título de indemnización por los daños y perjuicios causados en el patrimonio del sujeto pasivo que incluya un daño emergente, atendiendo el monto de la suma mensual pagada, el reconocimiento del interés legal 6% anual, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1617 del Código Civil, desde la fecha del pago de tales sumas por parte de cada contribuyente y hasta la fecha de la providencia. En cuanto al lucro cesante, deberá reconocerse con sus respectivas indexaciones, además de la necesidad de que se reconozcan a título de daño; de no hacerlo el Estado, podría predicarse enriquecimiento sin causa por parte del Estado (Consejo de Estado, 2008).

El daño material o patrimonial es reconocido como el menoscabo o detrimento que se produce en los bienes u objetos que forman parte del patrimonio de una persona. Estos son susceptibles de una valoración económica, a través de un baremo, factura, presupuesto o informe pericial; por lo tanto, deben ser indemnizados según estas valoraciones que fácilmente puede cuantificar el perjuicio. Además, hay que tener en cuenta que el daño material es un concepto bastante amplio, pues el referido menoscabo incluye también lo



que jurídicamente se conoce como “daño emergente” y “lucro cesante”. El primero hace referencia a la pérdida o disminución del valor económico ya existente, es decir, se refiere al empobrecimiento de dicho patrimonio, el cual se da por el pago del tributo declarado inexequible, causando en los contribuyentes una disminución de su patrimonio sin justa causa. Sin embargo, el segundo concepto implica una frustración de las ventajas económicas esperadas y, por lo tanto, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial, porque tuvieron la oportunidad los contribuyentes de haber dispuesto de ese patrimonio para mejorar sus ingresos, ampliando su poder adquisitivo por el objeto social de su empresa de importaciones.

La legislación colombiana en sentido estricto solo contempla la eventual devolución de pagos en exceso conforme al artículo 10 del Decreto 1000 de 1997, en el sentido que habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos en exceso por concepto de obligaciones tributarias, para lo cual deberá presentarse la solicitud de devolución ante la administración de impuestos y aduanas nacionales que corresponda al domicilio fiscal del solicitante, al momento de radicar la respectiva solicitud.

El término para solicitar la devolución por pagos en exceso contemplado en el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, establece que las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

A su vez, para el trámite de dichas solicitudes de devolución de excesos sin regulación especial, se debe aplicar el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver sobre la solicitud, corresponde al establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario.

Ahora, el término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de no lo debido se encuentra contemplado en el artículo 21 del Decreto 1000 de 1997, estableciendo que habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de impuestos y aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el art. 11 del presente decreto. La entidad deberá resolver la solicitud y contará con el término establecido en el mismo artículo.



Cabe cuestionarse qué sucede cuando el pago hecho a la DIAN, no tiene causa legal válida, como en el caso en que la norma que obliga al pago de una tasa o impuesto tiene la presunción de legalidad ante los contribuyentes y hasta cuando el juez con su labor constitucional se reduce simplemente a constatar y dar certeza sobre la constitucionalidad de la norma y a expulsarla del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es igual de importante la diferencia entre impuesto y tasa, para establecer si frente al pago de uno y otro tributo puede configurarse un enriquecimiento sin causa de la administración o del particular. Ello por cuanto los contribuyentes pagan a la administración una tarifa por concepto de una tasa que fue excluida del ordenamiento jurídico en virtud de la inexecutable declarada por la Corte Constitucional con fundamento, entre otras razones, en que “la tarifa no se establece en función de la utilización del servicio sino, exclusivamente en relación con el valor del bien importado” (Corte Constitucional, 2001). Tal indeterminación conduce a borrar la frontera entre tasa e impuesto y a que la tasa por los servicios aduaneros se asimile a un impuesto.

En estos casos, la Corte se ha pronunciado, indicando que cuando lo pagado por los contribuyentes no corresponde a un servicio prestado por la DIAN, como el caso de la tasa especial por los servicios aduaneros, TESA, teniendo en cuenta que dicha tarifa de la tasa, no se fijó por ese concepto, sino en relación con el valor del bien importado, en tal sentido, el patrimonio de la administración ingresó parte del patrimonio de un particular y este a cambio no recibió la contraprestación debida, propia de las tasas, no de los impuestos, configurándose un enriquecimiento injustificado por parte de la DIAN.

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se refirió a numerosas sentencias proferidas en los primeros lustros de este siglo, que han sido reiteradas por la misma corporación. Así, en el fallo del 19 de noviembre de 1936, se expresó lo siguiente:

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquel, a saber: i) que exista un enriquecimiento, es decir que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio. ii) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecimiento haya costado algo al



empobrecido, o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de este deriva de la ventaja de aquél. Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio. El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma. iii) Que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley. iiiii) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción, el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia. iiiiii) La acción no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley. El objeto del enriquecimiento sin causa, es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado” (Corte Suprema de Justicia, 2018). De igual manera, a estos requisitos y elementos se ha referido el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos, en los que se puede mencionar los siguientes: Sentencia del 6 de septiembre de 1991, expediente 6306; 8 de mayo de 1995, expediente 8118; 4 de julio de 1997, expediente 10.030; 29 de enero de 1998, expediente 11099; 6 de abril de 2000, expediente 12775; varios de los cuales han sido citados anteriormente (Corte Suprema de Justicia, 2018).



A partir del estudio de los fundamentos de la figura, la Corte señala un elemento adicional, como lo es que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa.

Dicho precepto también cuenta con pronunciamientos por parte del Consejo de Estado en materia tributaria, los cuales no distan en lo absoluto sobre la doctrina formulada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo precitado. En términos del alto tribunal, el enriquecimiento sin justa causa se genera cuando existe:

- a. Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.
- b. Por empobrecimiento, que traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico.
Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta.
- c. Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de otra.
- d. Ausencia de causa, es decir que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura.
- e. Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente (Consejo de Estado, 1991)

Asimismo, el Consejo de Estado señala que para que se configure el “enriquecimiento sin causa”, parte perjudicada con el desequilibrio patrimonial consistente en prestar un servicio, debe hallarse en la condición de haberlo realizado sin recibir ninguna retribución (Consejo de Estado, 2009).

A partir de las consideraciones anteriormente esbozadas y teniendo en cuenta el criterio de la sala sobre la *actio in rem verso*, resulta plausible concluir que el tributo que se encuadre en las características determinadas para la procedencia del enriquecimiento sin justa causa, puede y debe ser eventualmente demandado mediante el medio de control de reparación directa y su fundamento se encuentra directamente ligado a demostrar la falla en



el servicio por parte de la administración, desembocando en la causación del daño antijurídico reclamado por el sujeto pasivo tributario.



CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador cuenta con referentes prácticos en el ordenamiento jurídico interno que sirven de fuente tangible de consulta para extraer de dichos instrumentos aquellos criterios o elementos constitutivos de este tipo de responsabilidad y que, al ser armonizados, pueden servir para proyectar la tendencia o el tratamiento que los órganos de cierre le han dado a este tópico.

En todo caso, el derecho colombiano acude a las fuentes doctrinales internacionales con el fin de nutrir el contenido filosófico de las decisiones judiciales, máxime cuando dichas teorías aplicables en el ordenamiento interno surgen a partir de lineamientos planteados por doctrinantes y juristas de otras naciones. La teoría es puesta en práctica a través de los fallos judiciales, los cuales sí se corresponden inescindiblemente con la realidad jurídica colombiana, esto es, la forma de acompañar la legislación vigente con la jurisprudencia relevante.

La existencia de un daño antijurídico, la acción u omisión desplegada imputable a las entidades públicas y que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal que lo produce, continúan siendo los elementos específicos de la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, en función de la responsabilidad por el Estado legislador, es necesario tener en cuenta criterios constitutivos de responsabilidad adicionales como los fallos de constitucionalidad, específicamente sobre los efectos que su parte resolutive pueden engendrar.

Asimismo, es un hecho que el constituyente de 1991, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo respecto del instituto resarcitorio por actuaciones de los entes públicos y consagró en el artículo 90 de la Carta Política la responsabilidad que se proyecta indistintamente en los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual.

Cabe anotar que es gracias a la doctrina del derecho internacional, fundamentalmente del derecho español y francés, que las teorías de la responsabilidad del Estado surgen y permean en gran medida con sus fundamentos filosóficos y dogmáticos al ordenamiento interno colombiano.



En tal sentido, podría afirmarse a partir del estudio realizado que el Estado es responsable patrimonial por los daños antijurídicos que causen los instrumentos normativos que consagren obligaciones tributarias y sean anulados por la justicia o declarados inconstitucionales, comoquiera que las personas que en esas condiciones cancelaron el valor del tributo, no están en el deber jurídico de soportar dicho perjuicio evidentemente patrimonial.

A su vez, resulta evidente que se trata de una falla en el servicio sobre el escenario de la expedición de normas de alcance general, impersonal y abstractas, las cuales deben siempre ceñirse a la Constitución y armonizarse con la legislación vigente, pues la contravención de estas disposiciones conlleva el título de imputación necesario para atribuir responsabilidad al Estado, sin perjuicio de que se requiera examinar si ha mediado o no culpa individual de uno o varios servidores públicos.

Tal apreciación conviene dentro del ordenamiento jurídico con el fin de garantizar, como se mencionó antes, los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los contribuyentes, teniendo en cuenta que resulta lesivo y un completo sinsentido para un Estado el imponer cargas tributarias inconstitucionales y que, finalmente, el contribuyente deba asumir los perjuicios sin ningún tipo de retribución que retorne el equilibrio de las cargas públicas tributarias.

De igual forma, tanto la buena fe como la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de las autoridades se verían seriamente afectadas en caso de negarse la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se desmoronarían las razones para obedecer a los mandatos legales o reglamentarios que impusieron obligaciones tributarias, sabedores los administrados de que un eventual fallo de inconstitucionalidad o de nulidad respecto de la norma que consagra la exacción beneficiará, en exclusiva, a quienes desatendieron los correspondientes preceptos legales o reglamentarios, y no aquellos ciudadanos que se avinieron a observar el contenido de los mismos (Corte Constitucional, 2004).

Sin duda, se configura un quebranto para la hacienda pública, o el desajuste que al erario se da por el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos análogos como el analizado, no constituye un raciocinio, en estricto sentido, de naturaleza jurídica, pues hunde sus raíces en aspectos esencialmente macroeconómicos y de conveniencia –no



por ello menos importantes—, pero en relación con su manejo, las posibilidades y obligaciones de los jueces permiten márgenes de acción ciertamente limitados (Consejo de Estado, 2014).

Los elementos constitutivos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador surgen, entonces, de la mixtura entre las teorías tradicionales de responsabilidad del Estado y las consideraciones de las altas Cortes. En efecto, se trata de elementos gestados en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que comprenderán, como se evidenció antes, la concurrencia de los requisitos o elementos propios de la responsabilidad, el daño antijurídico, el nexo causal entre el daño y la actuación de un agente estatal, junto con los criterios especiales —podría decirse— sobre la tasación del daño tributario, la naturaleza legislativa del tributo y, por supuesto, la necesaria declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional a través de una sentencia de constitucionalidad debidamente ejecutoriada.

Su fundamento se predica como causa de la infracción a los principios de constitucionalidad y de responsabilidad jurídica, contenidos en los artículos 4 y 6 de la Constitución, y también del contenido titular de los derechos fundamentales, en especial del principio de igualdad, como se mencionó en párrafos anteriores. Por lo anterior, no le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental, o a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental, vulnerar la esencia de este tipo de derechos sin consecuencias indemnizatorias a favor del contribuyente.

Corolario de lo anterior y verificados los pronunciamientos del Consejo de Estado, analizados a la luz de los lineamientos de la Corte Constitucional en sentencias como la C-333/96, el núcleo esencial de un derecho fundamental como el tratamiento impositivo de carácter igualitario emanado del derecho fundamental a la igualdad o el debido proceso traducido en el principio de legalidad, no puede ser afectado de manera indiscriminada por el legislador y sin predicarse algún tipo de consecuencia jurídica resarcitoria.

Tal imputación que se demuestra en la misma reclamación a título de falla en el servicio por el hecho del legislador, conviene en mayor medida al actor teniendo en cuenta que a



diferencia de la pretenciosa adecuación de este tipo de situaciones al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la falla en el servicio se encamina a través del ejercicio de la reparación directa y, por consiguiente, el término de caducidad y el principio de rogatividad deben ser interpretados a la luz de las garantías constitucionales del sujeto afectado.

Ahora bien, no es un secreto que el principal argumento que ha sustentado en sendas oportunidades la improcedencia de la falla en el servicio respecto del Estado legislador en los casos de declaratoria de inexecutable de las leyes tributarias, encuentra su fundamento en la postura según la cual, debido al efecto *ex nunc* que el ordenamiento jurídico le ha atribuido a las decisiones de constitucionalidad, a menos que haya dispuesto otra cosa por parte de la Corte Constitucional, estas no pueden afectar las situaciones jurídicas que se hubieren consolidado durante la vigencia de la norma objeto de reproche constitucional (Consejo de Estado, 2008).

A esta postura jurisprudencial, prohijada principalmente por la sección cuarta de la corporación en relación con los actos administrativos de carácter general contentivos de obligaciones de tipo tributario que a la postre resultan anulados por el juez de lo contencioso administrativo, cabría formular algunas observaciones desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En primer lugar, la verificación de la antijuridicidad del daño generado por la conducta de las autoridades públicas, cuyo análisis se realiza en sede de la acción de reparación directa, no puede quedar sometido a la graduación de los efectos de las sentencias que declare la inexecutable o la ilegalidad de la disposición normativa por cuya virtud se concretó el daño.

Pretender lo contrario implicaría consolidar una incoherencia lógica que parece insalvable, puesto que si se admite que la responsabilidad patrimonial que se pudiere endilgar al Estado legislador por la expedición de normas inconstitucionales o ilegales, solo se verifica a partir de la declaratoria de su inexecutable o de su ilegalidad, pero a la vez se sostiene dicha decisión judicial, no puede modificar las situaciones que se hubiere consolidado con ocasión de la vigencia de la norma cuestionada. Ello llevaría a que en



ningún caso se podría entender configurada la falla del servicio del legislador en esa particular hipótesis.

Ahora bien, los efectos de las sentencias de inexecutable podría llegar a tener consecuencias en cuanto a la determinación del momento a partir del cual se debe computar la caducidad de la acción o en punto a la cuantificación del perjuicio, en la medida en que desde la ejecutoria de la sentencia que ordena la expulsión del ordenamiento de la norma creadora del tributo se debe comenzar el cómputo de los dos años que el ordenamiento jurídico establece para la presentación oportuna de la demanda de reparación directa y, por otro lado, dicha exclusión frena los efectos nocivos que la aplicación de la referida disposición normativa puede llegar a tener frente al patrimonio de los particulares, no es menos cierto que de manera alguna podría considerarse que los efectos hacia el futuro de la sentencia de inexecutable tendrían por virtud o por efecto el saneamiento de las situaciones particulares que se concretaron con ocasión de la aplicación de una norma declarada contraria a la Constitución Política, puesto que ellas revisten el carácter de antijurídicas.

En suma, la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador en Colombia, encuentra en mayor medida obstáculos como la inflexible cantidad de criterios que redundan al pretender su incoación. La presente investigación pretende realizar un llamado a las autoridades legislativas, judiciales y tributarias con el fin de que se examine cuidadosamente este tipo de problemáticas que acarrear consecuencias adversas al Estado y a los contribuyentes, en la medida en que los daños causados pueden desembocar en demandas de reparación directa y en la eventual indemnización del afectado por parte del Estado.

Una doble afectación que pudiera evitarse si el ejercicio legislativo en materia tributaria se comenzara a desempeñar con mayor minucia, disminuyendo la posibilidad de que los tributos finalmente desechados del ordenamiento afecten a los contribuyentes, y estos, en su afán de recuperarse, tengan que endilgar al Estado la responsabilidad patrimonial subyacente de la falla en el servicio.



Referencias

- Alonso, M. C., & Ramírez, E. L. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista derecho del Estado*, 154-155.
- Aponte, X., & Ardila, L. (2015). *Responsabilidad patrimonial del Estado por falla en el servicio de justicia*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.
- Arenas Uribe, C., & Jiménez Uscátegui, M. (2001). *La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Checa González, C. (2004). La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley. *Revista Ius Et Praxis*, 10(1), 45-75.
- Congreso de la República (1873). Ley 84 de 1873. *Código Civil Colombiano*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República (30 de junio de 1992). Ley 6 de 1992. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República (15 de marzo de 1996). Ley 270 de 1996. *Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República (8 de julio de 1998). Ley 446 de 1998. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República (4 de agosto de 2001). Ley 678 de 2001. *Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República (27 de diciembre de 2007). Ley 1755 de 2007. *Mediante la cual se establecen condiciones especiales en materia tributaria*. Bogotá, Colombia.



- Consejo de Estado (24 de octubre de 1975). Sección Tercera, Exp. 1405. *C.P. Carlos Portocarrero Mutis*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (7 de junio de 1984). Sección Tercera, Exp. 3152. *C.P. José Alejandro Boviento Fernández*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (1991). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 6306. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (1993). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 8163. *C.P. Juan de Dios Montes Hernández*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (septiembre de 1995). Sala plena de lo contencioso administrativo. Exp. S-470. *C.P. Diego Younes Moreno*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (1995). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 8118. *C.P. Juan de Dios Montes Hernández*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (1998). Sala plena de lo contencioso administrativo. Exp. Providencia del 25 de agosto de 1998. *C.P. Vitelvina Rojas Robles*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2001). Sentencia 5911. *C.P. Manuel Urueta Ayola*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2003). Sección Tercera, Sala de lo contencioso administrativo. Rad. No. 2003-00035-0135026. *C.P. Enrique Gil Botero*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2004). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 2004-01419. *C.P. Danilo Rojas Betancourth*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (3 de noviembre de 2005). Sección Primera - *C.P. Camilo Arciniegas Andrade*. Sentencia del 3 de noviembre de 2005. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2006). Sentencia No. IJ-001. *C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2006). Sentencia No. 76001-23-31-000-2002-00809-01. *C.P. Jesús María Lemos Bustamante*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2007). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 16421. *C.P. Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (3 de mayo de 2007). Sección Tercera. Exp. 16180. *C.P. Ramiro Saavedra Becerra*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2007). Sentencia 15503. *C.P. Ligia López Díaz*. Bogotá, Colombia.



- Consejo de Estado (2008). Sección Cuarta - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 16026. *C.P. María Inés Ortiz Barbosa*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2009). Sala plena de lo contencioso administrativo. Exp. 2007-01144. *C.P. María Claudia Rojas Lasso*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2011). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 18194. *C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2011). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 23001233100019970893401. *C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (26 de enero de 2011). Sección Tercera, Exp. 76001-23-31-000-1994-02680-01 (18940). *C.P. Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2012). Sección Primera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 2003-00602. *C.P. Marco Antonio Velilla Moreno*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (19 de abril de 2012). Sección Tercera, Exp. 21515. *C.P. Hernán Andrade Rincón*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2012). Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 19 de noviembre de 2012. *C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2012). Sentencia 1999-00815/21515. *C.P. Hernán Andrade Rincón*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2013). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 25285. *C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (29 de enero de 2014). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 2003-00173. *C.P. Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2014). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 28864. *C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2015). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Rad. 2003-00196 de 29 de abril de 2015. *C.P. Hernán Andrade Rincón*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado (2016). Sección Tercera - Sala de lo contencioso administrativo. Exp. 2014-02171-00. *C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia*. Bogotá, Colombia.



Consejo de Estado (2018). Sala plena de lo contencioso administrativo. Exp. 28769. *C.P.*

Danilo Rojas Betancourth. Bogotá, Colombia.

Constitución Política de Colombia (4 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. Bogotá.

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-149/93. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-149/93. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-531/95. *M.P. Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-219/95. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1996). Gaceta de la Corte Constitucional. *Tomo 8*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-333/96. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (1998). Sentencia C-189/98. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2000). Sentencia C-430/00. *M.P. Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2001). Sentencia 616/01. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-100/01. *M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-329/01. *C.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (8 de agosto de 2001). Sentencia C-832/01. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-892/01. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.



- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-992/01. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-1007/02. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-285/02. *M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-428/02. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia C-619/03. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2004). Sentencia 131/04. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-038/06. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-927/06. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-644/11. *M.P. Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C-644/11. *M.P. Wilson Ruiz Orejuela*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2012). Sentencia C-891/12. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2015). Sentencia C-619/15. *M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-121/16. *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2019). Sentencia C-278/19. *M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia (1999). Sala de Casación Civil. Rad. 1999-00280-01. *M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz*. Bogotá, Colombia.



- Corte Suprema de Justicia (2018). *Gaceta Judicial*. Obtenido de Accion In rem verso - pago de lo no debido - enriquecimiento sin justa causa - elementos constitutivos del enriquecimiento sin justa causa: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/12/S-19-11-1936-2.pdf>
- DIAN (2002). Consulta Rads. 39386 y 43036. *Tema: Actos Administrativos*. Santiago de Cali, Colombia.
- Franco, P., & Góngora, M. (2001). *La responsabilidad del Estado legislador en los eventos de sentencias moduladas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Galindo, J. (2006). *Lecciones de Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gallardo, M. (1999). La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. *Estudios Sociojurídicos*.
- García, E. (1984). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Civitas S.A.
- Garrido, F. (1989). *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*. Madrid.
- Gobierno de España (2020). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de: <https://boe.es/>
- Guichot, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista española de derecho europeo*, 49-101.
- Henao Pérez, J. C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Isarri Boada, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jiménez, F. (1999). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez, F. J. (2000). La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto. *Revista de derecho administrativo*, 7, 283.



- Jiménez, W. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. *Revista Diálogos de Saberes*, 63-78.
- Jinesta Lobo, E. (2005). Responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Derecho Público*, 6.
- Luis Fernando, U. (2018). *Otra mirada a la responsabilidad del Estado frente al lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público*. Bogotá: IUSTA.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (8 de abril de 1997). Decreto 1000 de 1997. *Por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés (2008). *Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá.
- Núñez, J. (2011). Responsabilidad patrimonial del Estado legislador: Distinguiendo. *Revista de Derecho*, 1-10.
- Orejuela, R. (1993). *Regimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid: Marcial Pons.
- Palomar, A., & Fuentes, J. (2018). *Indemnización como modo de reparación del daño causado por la administración pública*. Bogotá.
- Quintana, T. (1996). La responsabilidad del Estado legislador por daños a particulares generados por violación del derecho. *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1244-1247.
- Ramírez, A. (1991). *Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 112.
- Rivero, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas: Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.
- Rueda, D. (2014). *La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.



Ruiz Orejuela, W. (2011). *Responsabilidad del Estado legislador*. Madrid.

Santamaría, J. A. (1972). La teoría de la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de administración pública*, 57-136.

Schmill, U. (2008). *Observaciones "inconstitucionalidad y derogación"*. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/observaciones-a-inconstitucionalidad-y-derogacion/>

Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.